

# **SAKSOMKOSTNINGER I ARBEIDSRETTSSAKER**

Er dagens regler om saksomkostninger i tvistemålsloven § 172  
egnet til å ivareta de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i  
arbeidsrettssaker

Kandidatnr: 281

Veileder: Henning Jakhell

Leveringsfrist: 25. november 2004

Til sammen 17 998 ord

06.12.2004



# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	BAKGRUNN	1
1.2	PROBLEMSTILLING	2
<b><u>2</u></b>	<b><u>BESTEMMELSER SOM HAR PRAKTISK BETYDNING FOR SAKSOMKOSTNINGSUTGIFTER</u></b>	<b><u>3</u></b>
2.1	SKATTEREGLENE	3
2.1.1	FRADRAGSRETTE	3
2.1.2	MERVERDIAVGIFT	4
2.2	FORSIKRINGER	5
2.3	MEDLEMSKAP I FAGFORENING OG ARBEIDSGIVERFORENING	6
2.3.1	NHO	6
2.3.2	LO	6
2.4	TARIFFTVISTER - ARBEIDSTVISTLOVEN § 9	7
2.5	RETTSHJELPLOVEN	7
2.6	RETTSGEBYRLOVEN § 10 NR. 10	9
<b><u>3</u></b>	<b><u>DAGENS SAKSOMKOSTNINGSREGLER DE LEGE LATA</u></b>	<b><u>10</u></b>
3.1	HOVEDREGELEN OM "FULLSTENDIG TAP"	10
3.2	UNNTAKENE I § 172 ANNET LEDD	10
3.3	§ 173	11
3.4	NÆRMERE OM INNHOLDET AV § 172 ANNET LEDD FØRSTE ALTERNATIV - "SAKENS TVILSOMHET"	11
3.5	FORHOLDET MELLOM UNNTAKENE I § 172 TREDJE LEDD	14
<b><u>4</u></b>	<b><u>"SKJELLIG GRUNN TIL RETTERGANG" – ALTERNATIVE BETYDNINGER AV "SAKEN VAR SAA TVILSOM"</u></b>	<b><u>16</u></b>
4.1	INNLEDNING	16
4.2	DEN LOVTEKNISKE SAMMENHENGEN MELLOM HOVEDREGEL OG DET GENERELLE UNNTAKET	16

<b>4.3</b>	<b>DEN SUBJEKTIVE SKYLDEN</b>	<b>17</b>
4.3.1	PART SOM VURDERENDE SUBJEKT	17
4.3.2	DOMSTOLEN SOM VURDERENDE SUBJEKT	18
<b>4.4</b>	<b>OPPSUMMERING OG VURDERING – ANVENDELSE I DEN VIDERE DRØFTING</b>	<b>19</b>
<b>5</b>	<b><u>TILKJENNING AV SAKSOMKOSTNINGER VERSUS DELING AV SAKSOMKOSTNINGER – EFFEKTEN AV EN UNIVERSAL HOVEDREGEL</u></b>	<b>21</b>
<b>5.1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>21</b>
<b>5.2</b>	<b>BETYDNINGEN I SAKER UTEN EN REELL TVIST</b>	<b>21</b>
5.2.1	DEN ALLMENNE PREVENTIVE EFFEKTEN	21
5.2.2	FOR LØSNINGER UTENFOR RETTSSYSTEMET OG FOR PROSESSFREKVENSEN	22
5.2.3	FOR PARTENES HANDLINGER I PROSESSEN	22
<b>5.3</b>	<b>BETYDNINGEN I SAKER MED EN REELL TVIST</b>	<b>23</b>
5.3.1	DEN ALLMENNE PREVENTIVE EFFEKTEN	23
5.3.2	FOR LØSNINGER UTENFOR RETTSSYSTEMET OG FOR PROSESSFREKVENSEN	23
5.3.3	FOR PARTENES HANDLINGER I PROSESSEN	25
<b>5.4</b>	<b>OPPSUMMERING OG VURDERING – ANVENDELSE I DEN VIDERE DRØFTING</b>	<b>25</b>
<b>6</b>	<b><u>HVORDAN KAN SAKSOMKOSTNINGSREGLENE BEST IVARETA DE HENSYN SOM GJØR SEG GJELDENE I ARBEIDSRETTSSAKENE – SÆRTREKK VED ARBEIDSRETTSSAKENE</u></b>	<b>27</b>
<b>6.1</b>	<b>FORELØPIG OPPSUMMERING – UTGANGSPUNKTER FOR DEN VIDERE DRØFTING</b>	<b>27</b>
<b>6.2</b>	<b>HVA KAN GJØRE ARBEIDSRETTSSAKENE TVILSOMME VED SAKSANLEGGET?</b>	<b>28</b>
6.2.1	SAKSBEHANDLINGEN FORUT FOR OPPSIGELSE	28
6.2.2	BEGRUNNELSE	31
6.2.3	ANFØRTE OG REELLE GRUNNER	32
6.2.4	OPPSUMMERING AV PUNKT 1-3	34
6.2.5	BEVISBYRDEN	35
6.2.6	SØKSMÅLSFRISTER	38
6.2.7	STYRINGSRETTEN SOM UTGANGSPUNKT FOR TVISTEN	40
6.2.8	DE NÆRE RELASJONER SOM KAN PREGE ET ARBEIDSFORHOLD	44
6.2.9	STILLINGSVERNSAKENES RETTSLIGE VURDERINGSTEMA	45
<b>6.3</b>	<b>HVILKE MOMENTER KAN GJØRE EN HOVEDREGEL OM DELING HENSIKTMESSIG I ARBEIDSRETTSSAKENE?</b>	<b>47</b>
6.3.1	INNLEDNING	47

6.3.2	VALG OG BETYDNING AV JURIDISK HJELP	47
6.3.3	VIDERE OM PARTENES ØKONOMISKE STILLING	49
6.3.4	BETYDNINGEN AV OPPSIGELSE OG AVSKJED	51
6.3.5	ULIKHETER MELLOM ORGANISERTE OG UORGANISERTE	52
6.3.6	TARIFFTVISTER - ABEIDSTVISTLOVEN § 9	53
6.3.7	RETTE TIL Å STÅ I STILLING	54
6.3.8	AVSKJED OPPRETTHOLDT SOM OPPSIGELSE	58

## **7 OPPSUMMERING** **60**

## **8 LITTERATURLISTE** **63**

## **9 VEDLEGG** **A**

### **9.1 DAGENS SAKSOMKOSTNINGSREGLER DE LEGE LATA (VEDLEGG TIL OPPGAVENS PUNKT 3)** **A**

9.1.1	GENERELT	A
9.1.2	HOVEDREGELEN OM "FULLSTENDIG TAP"	C
9.1.3	UTMÅLINGEN	E
9.1.4	NÆRMERE OM INNHOLDET AV "SAKEN VAR SAA TVILSOM"	F
9.1.4.1	Litt historie	F
9.1.4.2	Unntaket om sakens tvilsomhet i praksis	H
9.1.5	KORT OM DE ALMINNELIGE PROSESSFORUTSETNINGER	I

### **9.2 GRUNNLEGGENDE TEORIER BAK HOVEDREGELEN I TVISTEMÅLSLOVEN § 172J**

9.2.1	STRAFF- OG SKADEERSTATNINGSTEORIENE	J
9.2.2	KASUALITETSTEORIEN	K
9.2.3	RETTSBESKYTTELSESTEORIEN	L

# 1 INNLEDNING

## 1.1 Bakgrunn

Særregler om saksomkostninger på arbeidsrettens område ble vurdert i lovforarbeidene til endringene i arbeidsmiljøloven i 1982<sup>1</sup>. Departementet kom til at *praksis* i disse sakene ga arbeidstaker godt nok vern, hovedsakelig ved bruk av unntaket om *sakens tvilsomhet* i tvml.§172(2) første alternativ; For det første ble saksomkostninger sjelden ilagt. Når det ble ilagt, var det som oftest til fordel for saksøker. For det andre lå omkostningsnivået i de sakene der arbeidstaker ble dømt til å erstatte arbeidsgivers omkostninger, kun på rundt kr 5000,-. Tallene som ble brukt var hentet fra dommer og kjennelser avsagt av lokale arbeidsretter i tidsrommet 1977-1980. Det ble imidlertid uttalt at departementet ville ha problemet under observasjon, blant annet ved å gjennomgå de dommer som blir avsagt i slike saker<sup>2</sup>.

For meg blir dette en lite prinsippøkende og enkel argumentasjon. Poenget må være at det regelverket vi har i dag innebærer en *risiko for* erstatning av høye omkostningssummer i tillegg til de utgifter man selv har; Det hjelper lite for en arbeidstaker som må erstatte motpartens saksomkostninger på kr 200 000,-, at *de fleste* saker ender med anvendelse av unntaket om *sakens tvilsomhet* og dermed deling av omkostningene. Videre må det antas at de færreste setter seg inn i hvordan *praksis* er, før man går til sak. Men også med kunnskap om praksis, vil de sakene der man hører om store erstatningsbeløp mest sannsynlig ha en relativt sterk avskrekkende effekt<sup>3</sup>. Den gjengse praksis vil derfor neppe gi tilstrekkelig sikkerhet. Det kan nevnes at i det NOU 2001:32 konstateres at saksomkostningsnivået er høyt<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Jfr.Ot.prp.nr.78(1980-1981)side3-4

<sup>2</sup> Jfr.Ot.prp.nr.78(1980-1981)side4

<sup>3</sup> Se Jacobsson,s.65 jfr.Ekelöf,s.81

<sup>4</sup> Se s.546

I en rask gjennomgang og sammenligning av upubliserte dommer fra tingrett og lagmannsrett i henholdsvis 1982(52 dommer) og 2002(59 dommer) ble unntak fra hovedregelen om tilkjenning anvendt sjeldnere i 2002 enn i 1982. Dette kan være et tegn på at departementets forutsetning om at tvistmålslovens regler tar tilstrekkelig hensyn til arbeidsrettssakenes særpreg ved bruk av unntaket om sakens tvilsomhet, ”som antas å komme til anvendelse i slike saker”<sup>5</sup>, ikke holder stikk. Tilkjenningsbeløpene i 2002 lå på alt fra kr 20 000-260 000,-.

## 1.2 Problemstilling

På denne bakgrunn undersøkes om dagens regler om saksomkostninger i tvistemålsloven<sup>6</sup>(tvml.)§172 fungerer i samsvar med departementets forutsetninger i arbeidsrettssakene. Spørsmålet får en generell gjennomgang i punkt 4 og 5, samt fortløpende vurderinger i punkt 6. Det undersøkes hvorvidt det kan være hensiktsmessig med en endring av innholdet i unntaket ”sakens tvilsomhet” §172(2) første alternativ. Endelig vurderes hvordan en hovedregel med utgangspunkt i at hver av partene dekker sine omkostninger, vil påvirke rettstilstanden.

---

<sup>5</sup> Jfr.Ot.prp.nr.78(1980-1981)s.4

<sup>6</sup> Lov 1915-08-13 nr.6

## 2 BESTEMMELSER SOM HAR PRAKTISK BETYDNING FOR SAKSOMKOSTNINGSUTGIFTER

### 2.1 Skattereglene

#### 2.1.1 Fradragsretten

Spørsmålet er i hvilken grad arbeidstaker og arbeidsgiver har fradragrett for prosesskostnader i forbindelse med en arbeidsrettssak. Hovedregelen om fradrag finner vi i skatteloven(sktl.)<sup>7</sup>§6-1.

I dette ligger et krav om at det må foreligge en *oppofrelse av en fordel* ved at en ”kostnad” må være ”pådratt”. Oppofrelsen av fordelen må videre ha en *tilknytning* til inntekt eller inntektsskapende aktivitet. Følgelig er prosesskostnader fradragsberettigede dersom saken kostnadene er knyttet til, får direkte betydning for skattepliktige inntekter eller fradragsberettigede kostnader.

En lønnsmottakers kostnader til bistand i rettstvist om å beholde lønnsfastsetting eller få tilbake en stilling er som hovedregel fradragsberettiget<sup>8</sup>. Her vil imidlertid problemstillingen med hensyn til om det dreier seg om *inntektskilden*<sup>9</sup> eller skattepliktig inntekt, komme inn; Dersom utgiftene er tilknyttet sak om selve *arbeidsevnen* vil ikke utgiftene være fradragsberettiget<sup>10</sup>, for eksempel sak mot arbeidsgiver for å få renvasket seg for en tyveribeskyldning uten å kreve stillingen tilbake.

Sktl. §6-1 gjelder både i og utenfor næringsvirksomhet<sup>11</sup>. Også for arbeidsgiver blir hovedspørsmålet om saken har tilstrekkelig tilknytning til skattepliktig aktivitet. I saker

---

<sup>7</sup> Lov 1999-03-26 nr.14

<sup>8</sup> Jfr.LigningsABC,s.595

<sup>9</sup> Jfr.Rt-1956-980

<sup>10</sup> Jfr.Utv.1991s.545 og Utv.1992s.34

<sup>11</sup> Jfr.LigningsABC,s.595



om lønn og stilling vil som hovedregel fradragsrett for saksomkostninger foreligge fordi en arbeidstaker omfattes av arbeidsgivers virksomhet, og vil derfor være av direkte betydning for arbeidsgivers inntekter og kostnader. Det vil imidlertid være tilfeller der arbeidsgiver ikke er virksomhet, for eksempel dagmammaarbeid. Men som hovedregel har man fradragrett også i disse tilfellene. Jeg går ikke nærmere inn på grensedragningen her.

Fradragsretten gjelder kostnader til rådgivning, forhandlinger og rettssaker. Tilsvarende gjelder for saksomkostninger ved rettssak/forlik. Det er uten betydning om saken vinnes eller tapes<sup>12</sup>. En forutsetning er naturligvis at erstatningsansvaret ikke dekkes av forsikring. Da vil det ikke foreligge noen oppofrelse, jfr.sktl.§6-1(1)første punktum.

Hvor omkostningene bare delvis angår inntektservervet, må skjønnsmessig fordeling foretas. Omfatter saken også krav om oppreisning for tort og svie, som er helt eller delvis skattefri, må fradragsretten begrenses til den delen av omkostningene som gjelder den skattepliktige del av kravet<sup>13</sup>. Fradraget inngår i minstefradraget jfr.sktl.§6-30<sup>14</sup>.

Direkte fradragsrett er eneste fradragsmulighet for utgifter tilknyttet arbeid. Dette skyldes at en person ikke kan anses som et investeringsobjekt, og aktivering er derfor utelukket<sup>15</sup>.

### 2.1.2 Merverdiavgift<sup>16</sup>

En arbeidsgiver må betale advokatombkostninger der det er beregnet merverdiavgift etter de nye reglene. Dette er såkalt inngående avgift for arbeidsgiveren, jfr. merverdiavgiftsloven(mval.)<sup>17</sup> §21. For å få fradrag for denne inngående avgiften i merverdiavgiftsoppgjøret med staten, må arbeidsgiveren være ”registreringspliktig næringsdrivende”. Hvem som er det, reguleres i mval.§10 jfr.§28. For å falle inn under denne kategorien må man ha avgiftspliktig omsetning.

---

<sup>12</sup> Jfr. Utv.1991s.206 og LigningsABC,s.595

<sup>13</sup> Jfr.LigningsABC,s.595

<sup>14</sup> Jfr.LigningsABC,s.595

<sup>15</sup> Jfr.Aarbakke,s.253

<sup>16</sup> Jfr.mail fra professor Frederik Zimmer

<sup>17</sup> Lov 1969-06-19 nr.66

Så dersom arbeidsgiveren driver avgiftspliktig omsetning, for eksempel varehandel eller advokatvirksomhet, har han fradragrett for inngående avgift. Er arbeidsgiveren for eksempel en bank(som er utenfor avgiftsområdet, jfr.mval.§5b)(1)nr.5), er det derimot ingen fradragsrett for inngående avgift i merverdiavgiftsoppgjøret.

Hvor arbeidsgiveren ikke har fradragrett i merverdiavgiftsoppgjøret for inngående avgift, er denne en endelig kostnad for ham. Det kan da bli tale om inntektsfradrag ved inntektslikningen for inngående avgift etter sktl.§6-1 på samme måte som saksomkostninger ellers, jfr. ovenfor.

Følgelig vil en merverdiavgiftspliktig arbeidsgiver som hovedregel få fradrag for inngående avgift på rådgivning knyttet til arbeidsrettssak. Tjenesten kan sies å være *til bruk i virksomheten*, jfr.mval.§21. I forarbeidene til merverdiavgiftsloven<sup>18</sup> uttales det at

”retten til fradrag har som forutsetning at den inngående avgift knytter seg til anskaffelser som er relevante for den virksomhet som består i omsetning som nevnt i kap. IV”

Med hensyn til relevanskravet har Høyesterett lagt til grunn at en utgift er relevant dersom den har en ”nær og naturlig” tilknytning til den avgiftspliktige virksomheten<sup>19</sup>. Det kreves med andre ord ikke at utgiften gjelder en anskaffelse som er til direkte faktisk bruk i den avgiftspliktige virksomheten. Om saken vinnes eller tapes er uten betydning.

## 2.2 Forsikringer

Forsikring av innbo og bygning omfatter som regel dekning av utgifter til advokat, rettens sakkyndige og vitner når sikrede er part i en tvist i egenskap av privatperson. Det er en forutsetning at tvisten er oppstått mens forsikringen var i kraft. Listen over unntak fra rettshjelpdekningen er omfattende; ”Dagligdagse” tvister som ikke kommer inn

---

<sup>18</sup> Jfr.Ot.prp.nr.17(1968-1969)

<sup>19</sup> Jfr.Rt-2002-1497

under rettshjelpforsikringen er blant annet forhold som har sammenheng med yrke eller erverv<sup>20</sup>. Her er det altså ikke noe å hente med hensyn til dekning av saksomkostninger.

### 2.3 Medlemskap i fagforening og arbeidsgiverforening

Grunnet plasshensyn nøyer jeg meg med å eksempelvis presentere LO og NHO's praksis på området.

#### 2.3.1 NHO<sup>21</sup>

Alle medlemmer i NHO får bistand i rettssaker. Forutsetningen er at de må være medlem i NHO når tvisten oppstår. Hvor mye man må betale i medlemsavgift varierer alt etter hvor mange ansatte bedriften har.

Bedriften må videre betale en egenandel. Ut over egenandelen dekker NHO alle utgifter til prosessfullmektigen(salær, reise, opphold osv.). Egenandelene er kr.7500,- for stevning/tilsvar, kr.7500,- for anke og kr.7500,- for hovedforhandling.

Bedriften må selv dekke andre utgifter i forbindelse med saken som eventuelle gebyrer, for eksempel ankegebyr og utgifter vedrørende partspresentasjon og vitner. For vitner vil dette normalt være tapt arbeidsfortjeneste(vitnegodtgjørelse) og utgifter til reise og opphold.

Bedriften er selv ansvarlig for dekning av motpartens saksomkostninger i den utstrekning motparten blir tilkjent saksomkostninger av retten.

Dersom bedriften blir tilkjent saksomkostninger fra motparten, skal NHO av dette ha dekket sine utlegg herunder salær til prosessfullmektigen.

#### 2.3.2 LO<sup>22</sup>

Som medlem av LO kan man få gratis juridisk hjelp. En saksgang må imidlertid ligge til grunn; Man må innom forbundet man er medlem av i LO før saken kommer til LO's juridiske avdeling. Alle slike saker forsøkes løst lokalt gjennom forbundet. Det vil si at partene møtes til forhandlinger om tvisten på den enkelte arbeidsplass. Dette blir ofte

---

<sup>20</sup> Jfr.BIForsikringsakademiet,s.87,Mollatt,s.51

<sup>21</sup> Jfr.www.nho.no og mail fra juridisk avdeling,NHO

<sup>22</sup> Jfr.www.lo.no og mail fra juridisk avdeling,LO

gjennomført uansett sakens natur. Hvis saken ikke lar seg løse på dette nivået, foretar forbundet en vurdering av om saken kan eller bør føres gjennom rettssystemet. Forbundet kan, hvis de mener at saken ikke er mulig å vinne, vedta at dette er en sak som de ikke vil løfte inn for rettssystemet. Den juridiske vurderingen av saken, kan variere fra sak til sak; Det er mange elementer som kan være avgjørende for om en sak føres videre eller ikke.

## 2.4 Tariffvister - arbeidstvistloven § 9

Under sak om *tariffavtale* kan også inndras krav som utspringer av en arbeidsavtale, dersom kravet vil få sin umiddelbare avgjørelse ved dommen i hovedsaken, jfr. arbeidstvistloven(atvl.)<sup>23</sup>§9. Saken føres da sammen med tariffsaken i Arbeidsretten og forståelsen av tariffavtalen vil gjelde for enhver arbeidsavtale som er bygget på tariffavtalen. Dette kan muligens medføre tilfældigheter med hensyn til dekning av saksomkostningsutgifter. Jeg vil komme nærmere inn på dette nedenfor.

## 2.5 Rettshjelploven

*Fri sakførsel* kan innvilges i saker etter arbeidsmiljøloven(aml.)<sup>24</sup>§§ 61-66, jfr. rettshjelploven(rhjl.)<sup>25</sup>§§4 og 18. Etter §4 gis den til ”personer”, men også ”selskaper, foreninger, stiftelser og ikke organiserte grupper” dersom ”særlige grunner taler for det”.

*Fritt rettsråd*, det vil si rådgivning av advokat utenfor rettergang, kan gis i de tilfeller som er angitt i rhjl.§18.

Fri rettshjelp etter rettshjelploven gis etter en vurdering av partenes økonomiske situasjon, jfr.rhjl.§8. Etter §10 kan det imidlertid dispenseres både fra inntekts- og formuesgrensene. Departementet har i praksis lagt til grunn at det ikke bør dispenseres fra inntektsgrensene dersom overskridelsen er større enn kr.15000-20000,-<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Lov 1927-05-05 nr.1

<sup>24</sup> Lov 1977-02-04 nr.4

<sup>25</sup> Lov 1980-06-13 nr.35

<sup>26</sup> Jfr.Rundskriv G-73/96(95/3741A-JT SPe WBj/)

Inntekts- og formuesgrensene er i utgangspunktet de samme for alle typer rettshjelp. Grensene fastsettes av Justisdepartementet<sup>27</sup>. Beløpsgrensene ble revidert i 1996, men er fortsatt forholdsvis lave. I 2000 var inntektsgrensen kr.150.000,- for personer uten forsørgerbyrde. For personer som faktisk forsørger barn, ektefelle eller andre er grensen kr.160.000,-, mens den er satt til kr.170.000,- dersom både ektefelle og barn blir forsørget av søkeren.

Fri rettshjelp er videre avhengig av at søkerens nettoformue ved ligning ikke er over kr.100.000,-.

At rettshjelpen er fri er for øvrig ikke helt nøyaktig; Søkerens plikt til å betale egenandel avhenger av hans nettoinntekt. Person med nettoinntekt under kr.70.000,- er fritatt for egenandel. For personer som forsørger ektefelle eller barn, er grensen kr.80.000,-, mens grensen for personer som både forsørger barn og ektefelle, er kr.90.000,-. For personer med nettoinntekt over de nevnte beløp, skal det betales egenandel med kr.300,-, med tillegg av 25% av de overskytende utgifter<sup>28</sup>.

I tillegg til de økonomiske vilkår skal fylkesmannen foreta en samlet vurdering og finne fri sakførsel rimelig. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på sakens art, sakens eventuelle prinsipielle interesse, den betydning saken har for søkerens personlige og velferdsmessige forhold, og dessuten hans mulighet for å vinne frem med saken, jfr.rhjl.§17(2).

Fri sakførsel omfatter salær til advokat, samt gebyrer og rettslige sideutgifter<sup>29</sup>.

*Eventuelt ansvar for saksomkostninger overfor motparten omfattes ikke av den frie sakførsel*, men man kan i unntakstilfelle få slike utgifter dekket etter søknad, jfr.rhjl.§24(3). Dette forutsetter at det er tale om unntakstilfeller, og spørsmålet avgjøres

---

<sup>27</sup> Forskrift 21.juni 1993,tatt inn i rundskriv G-73/96

<sup>28</sup> Se forskrift 22.oktober 1996(Justisdepartementet)kapittel 2

<sup>29</sup> Men se her rettsgebyrloven§10nr.10

av fylkesmannen, blant annet under hensyn til at motparten ikke bør bli skadelidende fordi saksøkeren som den tapende part ikke kan dekke saksomkostningene<sup>30</sup>.

## 2.6 Rettsgebyrloven § 10 nr. 10

Reglene om rettsgebyrer finner vi i rettsgebyrloven(rgbl.)<sup>31</sup>. Loven opererer med et grunnbeløp som kalles ”rettsgebyret”. Dette økes med jevne mellomrom. For tiden er det på kr.740,- jfr.§1(2). Gebyret for de ulike forretninger ved domstolene angis deretter med så og så mange ganger rettsgebyret. Motsøksmål, hovedintervensjon og inndragning av regressforpliktet regnes gebyrmessig som egen sak.

Rettsgebyr er unntatt i saker mot arbeidsgiver som gjelder tjeneste- eller arbeidsforhold og reises av arbeidstaker, jfr.rgbl.§10 nr.10. Det gjelder ingen inntekts- eller formuesgrense for gebyrfritak etter rgbl.§10. Fritaket gjelder også ved anke<sup>32</sup>, *men ikke når arbeidsgiver anker*<sup>33</sup>. Det er lagt til grunn at fritaket for gebyrplikt gjelder uten hensyn til om arbeidstaker har en underordnet eller overordnet stilling i bedriften<sup>34</sup>.

I tillegg til rettsgebyret vil en sak også føre med seg såkalte ”sideutgifter”. Dette er for eksempel utgifter til meddommere, sakkyndige, oversettere osv. Fritak for rettsgebyr etter rgbl.§10 innebærer som hovedregel ikke fritak fra rettslige sideutgifter. Men i de saker som er nevnt i §10, skal partene imidlertid fritas for utgiftene til meddommere i de tilfelle hvor retten ”må” settes med meddommere. Dette skal forstås som når en av partene begjærer dette<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> Se rhjl.§24(3) og Justisdepartementets rundskriv G-24/86(jnr.2335/86A-B)av 27.mars 1986 s.49

<sup>31</sup> Lov-1982-12-17 nr.86

<sup>32</sup> Jfr.Ot.prp.nr.18(1982-1983)s.46

<sup>33</sup> Jfr.Rt-1996-1011 og Justisdepartementets rundskriv G-138/88(jnr.6210/88A-Ø)15.oktober,1988,s.18

<sup>34</sup> Jfr.Rt-1991-648

<sup>35</sup> Jfr.Hov,bind III,s.411

### 3 DAGENS SAKSOMKOSTNINGSREGLER DE LEGE LATA<sup>36</sup>

#### 3.1 Hovedregelen om "fullstendig tap"

Hovedregelen i forbindelse med saksomkostninger finner vi i tvml.§172. Den innebærer at dersom en av partene har "tapt fullstendig", skal vedkommende pålegges å dekke motpartens saksomkostninger jfr.tvml.§172(1). Skal en part tilkjennes saksomkostninger, må han imidlertid nedlegge påstand om dette, jfr.tvml.§85.

#### 3.2 Unntakene i § 172 annet ledd

Unntakene fra hovedregelen finner vi i §172(2), og innebærer at hver av partene bærer sine egne omkostninger. Tvml.§172 gir under ingen omstendighet adgang til å tilkjenne delvise saksomkostninger. Tre alternative vilkår kan fritta den tapende part fra å dekke saksomkostningene. Om unntakene skal komme til anvendelse, skal avgjøres etter rettens skjønn. Vilkårene er:

- at saken var tvilsom
- at utfallet skyldes nye omstendigheter som først kom til den tapende parts kjennskap under hovedforhandlingen.
- at den vinnende part kan bebreides at det kom til sak.

§172(2) er uttømmende<sup>37</sup>. Dersom ingen av vilkårene er oppfylt, skal den vinnende part tilkjennes saksomkostninger. Det er da ikke anledning til å legge vekt på om den ene part for eksempel er vesentlig mer ressurssterk enn den annen part eller lignende<sup>38</sup>.

At *saken var tvilsom* skal jeg komme nærmere inn på nedenfor.

Vilkåret vedrørende nye omstendigheter i annet alternativ dreier seg om nye *bevis*, det vil si nye *faktiske omstendigheter*. Den gjelder ikke i de tilfeller der den vinnende part kommer med nye *rettslige* synspunkter<sup>39</sup>. Etter ordlyden gjelder bestemmelsen kun

---

<sup>36</sup> Se utdyping vedlegg,punkt.9.1

<sup>37</sup> Jfr.Schei,bindI,s566 jfr.Rt-1987-1142

<sup>38</sup> Jfr.NOU 2001:32,s.533

<sup>39</sup> Jfr.Rt-1996-1040 og Rt-1994-1380

under hovedforhandlingen, men den må også kunne få anvendelse der den tapende part straks gir seg når han blir kjent med bevisene<sup>40</sup>.

Skeie<sup>41</sup> mener at siden første alternativ i annet ledd er gjort generelt, burde også annet alternativ fått et tilsvarende innhold; ”der er ingen grunn til å ha en annen og strengere regel om ansvaret for sakens fortsettelse enn for dens begynnelse”.

§172(2) tredje alternativ kommer til anvendelse i de tilfellene der det helt eller delvis kan legges den vinnende part til last at det er kommet til sak. Eksempler på dette kan være at den vinnende part har holdt faktiske opplysninger tilbake eller at han ikke i tide har foretatt det som var nødvendig for å avklare rettsforholdet mellom partene. At man ikke har akseptert voldgift eller annet forsøk på løsning utenfor de ordinære domstoler, gir ikke grunnlag for å ta i bruk §172(2) tredje alternativ<sup>42</sup>. Dersom det foreligger skyld hos den som har vunnet, kan det også tenkes at vilkårene for å tilkjenne den tapende part *erstatning* etter tvml.§§ 173 eller 177 foreligger.

### 3.3 § 173

Tvml.§173 hjemler en adgang til, i helt spesielle tilfeller, å tilkjenne den som har tapt saken saksomkostninger fullt ut. Vilåårene er at det kan bebreides *saksøkeren* at det kom til sak, og at saksøkte straks godkjenner kravet.

### 3.4 Nærmere om innholdet av § 172 annet ledd første alternativ - ”sakens tvilsomhet”

”Sakens tvilsomhet” er særlig aktuelt og mye brukt i arbeidsrettssaker<sup>43</sup>.

”Sakens tvilsomhet” innebærer at det er adgang til ikke å tilkjenne saksomkostninger i de tilfeller der det tvil om rettsregler og sakens faktum.

Det er *saken* som må være tvilsom. Retten kan følgelig ikke la være å tilkjenne saksomkostninger hvor den bygger avgjørelsen på et tvilsomt grunnlag, men hvor det er

---

<sup>40</sup> Jfr.Schei,s.565,Skoghøy,s.989

<sup>41</sup> Jfr.Skeie,bind III,s.435

<sup>42</sup> Jfr.Rt-1997-288

<sup>43</sup> Se Ot.prp.78(1980-1981)s.4



andre grunnlag som ikke innehar momenter av tvil av betydning, som saken kunne vært avgjort på<sup>44</sup>; Ofte påberopes flere grunnlag for samme resultat, noen kan være tvilsomme eller uholdbare og ett utvilsomt holdbart. Det ene utvilsomt holdbare vil da være bestemmende for anvendelsen av §172(1) og (2). I alminnelighet vil en domstol bygge sin avgjørelse på det sikre og utvilsomme grunnlag og la det usikre og tvilsomme ligge. Avgjørelsen vil da være truffet uten noen slik tvil som er nevnt i §172(2). Under tiden bør retten ikke velge det sikre grunnlag fremfor det mer tvilsomme<sup>45</sup>. Eksempelvis vil det etter omstendighetene kunne være rimelig at domstolen tar standpunkt til en kanskje mer tvilsom mangelsinnsigelse fremfor å la leverandøren vinne på for sen reklamasjon. Retten må da også vurdere det eller de grunnlag den *ikke* bygger på når spørsmålet om saksomkostninger skal avgjøres, jfr.Rt-1981-688. Det er presisert i kjennelsen at det er tilstrekkelig at retten skjønnsmessig og summarisk vurderer hvordan saken stiller seg under hensyntagen til de grunnlag retten ikke bygger på.

Både faktisk og rettslig tvil er relevant. Slik loven er formulert, synes det avgjørende å være om saken var tvilsom da den ble reist, ikke da den ble tatt opp til doms. Ifølge Jørgen Wilberg er dette ikke en helt vellykket formulering; Det ser ut som det avgjørende er ved saksanlegget og ikke ved hovedforhandlingen; Hvis parten før hovedforhandlingen etter rettens oppfatning hadde rimelig grunn til å la saken bli brakt inn for retten, skulle han altså kunne fritas for omkostningsansvaret, selv om de tvilsomme spørsmålene blir avklart under hovedforhandlingen<sup>46</sup>. Dette vil imidlertid ikke innebære noen forskjell, idet det må presiseres at unntaket behandler hvordan saken *var*, og ikke hvordan den måtte fortone seg for den tapende part. Hvis tvilen blir avklart, for eksempel i en høyesterettsdom eller en avklaring av faktiske forhold, mens saksforberedelsen pågår, må den part dommen eller avklaringen er til ugunst for, gi seg. Han kan ikke la saken komme til hovedforhandling og påberope seg annet ledd<sup>47</sup>.

Det antas vanligvis at det er *retten* som, objektivt sett, må ha vært i tvil. Det hjelper altså ikke parten at han var i tvil om utfallet hvis ikke retten var det. I prinsippet er det

---

<sup>44</sup> Jfr.NOU 2001:32,s.533

<sup>45</sup> Se Wilberg,s.5

<sup>46</sup> Jfr.RG-1992-855

<sup>47</sup> Jfr.Wilberg,s.4, Hov bind III,s.422, Schei,s.564, Skoghøy,s.988.

heller ikke avgjørende om vedkommende dommer som treffer avgjørelsen, er i tvil<sup>48</sup>. Mener kjæremålsinstansen at avgjørelsen i førsteinstansen ikke var tvilsom, skal en saksomkostningsavgjørelse bygd på det motsatte syn oppheves<sup>49</sup>.

Kjæremålsretten kan imidlertid ved særskilt kjæremål over saksomkostningsavgjørelsen ikke bedømme bevisene i saken, jfr.tvml.§181(2), slik at en opphevelse av omkostningene grunnet bevistvil ikke kan angripes ved kjæremål. Det kan derimot en opphevelse av omkostningene grunnet rettslig tvil. Men ofte kan det være en slik sammenheng mellom rettslige og faktiske momenter at overprøving gjennom kjæremål utelukkes<sup>50</sup>.

Tvilen må videre være ”fyldestgjørende”, det vil si kvalifisert. Det er altså et krav om årsakssammenheng – tvilen må ha gjort det rimelig å reise sak. Det er ikke nok i seg selv at saken har inneholdt *tvilsmomenter*<sup>51</sup>. Hvis tvilen kan bebreides den tapende part, kan det ikke være riktig å fritta ham fra omkostningene. Det samme gjelder hvis retten, selv om den er i tvil, bygger sin avgjørelse på et subjektivt belastende faktum av typen svik, stridende mot redelighet og god tro osv. Tvilen må altså ha vært av en slik *art* at det var fyldestgjørende grunn for den tapende part til å kreve rettens avgjørelse. Dersom for eksempel retten i en testamentstvist under betydelig tvil kommer til at den ene part har forfalsket testamentet og av den grunn lar ham tape, vil den tvil retten har vært i om testamentet er forfalsket, ikke være relevant. Ved avgjørelsen av saksomkostningsspørsmålet må retten bygge på at dommen er riktig<sup>52</sup>. Under denne forutsetning foreligger ikke en slik tvil at den tapende part hadde grunn til å la det komme til sak<sup>53</sup>.

Tvilen må endelig ha en slik *styrke* at den gir fyldestgjørende grunn for et saksanlegg eller til å ta til gjenmæle for retten.

Den foregående(punkt 3.4) er en presentasjon av ”sakens tvilsomhet” slik den etter gjeldende rett *vanligvis* forstås. *Mine* drøftelser omkring anvendelsen av ”sakens

---

<sup>48</sup> Jfr.Schei,s.564,Skoghøy,s.988,NOU 2001:32,s.533

<sup>49</sup> Jfr.Rt-1961-760,Rt-1952-757

<sup>50</sup> Jfr.Rt-1981-688

<sup>51</sup> Jfr.Skoghøy,s.988,Schei,s.564

<sup>52</sup> Jfr.Wilberg,s.4

<sup>53</sup> Se utdyping om domstolenes praksis, vedlegg,punkt.9.1.4.2

tvilsomhet” i arbeidsrettssakene vil imidlertid ta utgangspunkt i en alternativ forståelse av begrepet, mer i samsvar med ordlyden i tvml.§172(2). Se nærmere punkt 4 nedenfor.

### 3.5 Forholdet mellom unntakene i § 172 tredje ledd

*Første alternativ* i annet ledd er et generelt unntak som omfatter rettslig og faktisk tvil som har gjort det rimelig å prosedere – på tross av at man har tappt saken.

*Annet alternativ* dreier seg om nye *faktiske* opplysninger som kommer opp under *hovedforhandlingen* av en slik styrke at det medfører et annet utfall enn saken ellers ville fått. ”Sakens tvilsomhet”, slik jeg forstår det, går mer på sakens generelle faktiske og rettslige opplysning; Dagens tolkning av begrepet vil i stor grad vil dreie seg om forholdet mellom sakens bevis og sakens rette faktum. Annet alternativ vil kun komme til anvendelse under hovedforhandlingen, men etter dagens tolkning av ”sakens tvilsomhet”, gjelder dette strengt tatt også for første alternativ, jfr. ovenfor punkt 3.4. Forskjellen er at det etter første alternativ kan se ut som om det kreves årsakssammenheng mellom tvilen og rettergangen. Med det objektive innhold ”sakens tvilsomhet” har i dag, vil imidlertid ikke innholdet av første og andre alternativ, etter min mening, avvike særlig mye.

*Tredje alternativ* unntar fra hovedregelen der den vinnende part kan *bebreides* for at saken ikke har fått den klarhet som var mulig.

I stedet for et objektivt innhold av ”sakens tvilsomhet”, som krever særlige unntak for faktiske omstendigheter som kommer opp under hovedforhandling og den seirende parts skyld i at det er kommet til sak, kunne begge disse unntakene ”bakes inn” i det generelle unntaket om ”sakens tvilsomhet” dersom man legger mer vekt på tvilsomheten ved *saksanleggstidspunktet*; Både nye bevis som kommer opp under hovedforhandlingen og den seirende parts eventuelle skyld i at det kommet til sak, kan være omstendigheter som har gjort saken så tvilsom ved saksanleggstidspunktet at den tapende part kan ha hatt ”fyldestgjørende” grunn til å gå til sak.

Poenget i det følgende er imidlertid ikke å skille de tre alternativene i tvml.§172(2). For selv om dagens tre unntak i tvml.§172(2) kan fange opp mange av de situasjonene som

oppstår, så er min hensikt å belyse hvorvidt det kan være hensiktsmessig å legge mer vekt på den tvilsomhet som kan foreligge ved *saksanleggstidspunktet* i arbeidsrettssakene, og dermed den ”fyldegjørende grunn” den saksøkende part kan ha til å ta i bruk rettssystemet på bakgrunn av dette. Unntaket vil følgelig få et større nedslagsfelt og betydningen av dommens *resultat* vil følgelig tones ned.

## 4 "SKJELLIG GRUNN TIL RETTERGANG" – ALTERNATIVE BETYDNINGER AV "SAKEN VAR SAA TVILSOM"

### 4.1 Innledning

Jeg vil i det følgende redegjøre for alternative innhold av det generelle unntaket fra hovedregelen om erstatningsansvar for den tapende part, på grunnlag av hans "fyldestgjørende grunn" til rettergang.

### 4.2 Den lovtekniske sammenhengen mellom hovedregel og det generelle unntaket

Rettsstridighetsbegrepet utviklet seg hovedsakelig innenfor strafferetten ved at man stilte opp straffrihetsgrunner. Lovteknisk er denne konstruksjonen praktisk; Det ville vært umulig å angi samtlige grunner for rettsstridighetens bortfall i hver enkelt straffebestemmelse.

Det ideologiske resonnementet ble overført til omkostningsspørsmålet. Her bestod imidlertid den rettsstridige handlingen i at man hadde *misbrukt prosessen*. En slik oppfatning synes å forutsette eksistensen av et forbud mot å ta i bruk prosessen i visse tilfeller eller for visse personer<sup>54</sup>. Tanken var at man misbrakte rettssystemet om man hevdet en rett i domstolen som man ikke fikk medhold i. Oppfatningen av hva som var et "uriktig søksmål", var begrunnet i naturrettslige tankeganger; Den person som ikke hadde en rettighet, handlet culpøst gjennom å la saken bli gjenstand for domstolsprøving. Her ligger ideen om et forbud mot å bruke prosessen, rettet mot den som ikke var *materielt berettiget*<sup>55</sup>.

Vi ser at rettsstridighetskonstruksjonen er bygd på oppfatningen av dommen som et

---

<sup>54</sup> Jfr. Jacobsson, s. 77

<sup>55</sup> Jfr. Jacobsson, s. 78 jfr. Nehrman

uttrykk for et materielt rettsforhold. Det som ble fastslått i dommen, ble ansett for å ha eksistert allerede ved saksanlegget, og den tapende part hadde da handlet rettsstridig gjennom å forårsake rettergang. Disse ideene finner vi igjen i kasualitetsteorien<sup>56</sup>. Man tok senere avstand fra den subjektive skylden hos tapende part, men opprettholdt oppfatningen om at den tapende part hadde handlet rettsstridig eller objektivt forårsaket rettergangen; En tenkt kongruens mellom dommen og rettsforholdet før domstolsbehandlingen.

### 4.3 Den subjektive skylden

For at en part skulle slippe erstatningsansvar for motpartens kostnader krevdes, i tillegg til at handlingen ikke var rettsstridig, fravær av en subjektiv skyld; Det måtte foreligge skjellig grunn til prosess. Saken måtte ha vært tvilsom (svensk rett tidligere: ”mörk och tvivelaktig”).

*Et grunnleggende spørsmål blir derfor hvilke kriterier som skulle gjøre en sak til tvilsom.* Noen mente det var nok at saken i seg selv var tvilsom<sup>57</sup>. Mot dette kan anføres at ”tvilsomhet” er et adjektiv, som i denne sammenheng angir abstrakte egenskaper som igjen forutsetter vurderinger. Et tvistemål kan ikke være tvilsomt i seg selv<sup>58</sup>; Det forutsetter et subjekt som vurderer.

Under en slik forutsetning kommer tre ulike subjekt til syne; domstolen, den reelt tapende parten og en tenkt tapende part utrustet med normale forutsetninger; en omkostningsrettens bonus pater familias.

#### 4.3.1 Part som vurderende subjekt

I eldre rett falt det seg naturlig å la partene, og ikke domstolen, være vurderende subjekt. Dette fordi saksomkostningsspørsmålet ble sett på som et privat anliggende mellom partene. Interessen var derfor rettet inn på partene og deres rettsforhold, og ikke på domstolens situasjon da den skulle beslutte omkostningsspørsmålet. Samtidig ønsket man å motvirke tendensen i rettspraksis til å ta hensyn til tapende parts personlige

---

<sup>56</sup> Jfr.vedlegg,punkt.8.3.2

<sup>57</sup> Jfr.Jacobsson,s.79 jfr.Schrevelius,s.179

<sup>58</sup> Jfr.Jacobsson,s.79

omstendigheter<sup>59</sup>. For å oppnå dette stilte man opp en *bonus pater familias* i partens sted<sup>60</sup>; Tapende part hadde handlet culpøst, dersom en bonus pater familias i hans sted hadde innsett at han hadde tatt feil og derfor ikke gått til sak. Man delte tilfellene opp i to grupper; Den rettslige og den faktiske villfarelse. Når burde en forstandig tapende part, ved saksanlegget, ha innsett at hans sak var ”uriktig” fra et *rettslig* synspunkt? Og, hvilke *fakta* burde en bonus pater familias som tapende part kjent til?

Når det gjelder tvil om fakta har man i litteraturen dels tatt hensyn til det faktiske hendelsesforløpet, dels til bevisfakta;

Når det gjaldt hendelsesforløp eller omstendigheter hos *motparten*, synes forfatterne i litteraturen å være enige; Hendelsesforløpet eller omstendighetene ble fingert til å være slik domstolen fant ut fra motpartens bevisførsel. At tapende part hadde fornektet dette, måtte legges han selv til last og dra med seg erstatningsansvar for motpartens kostnader<sup>61</sup>. Dette synspunktet har sitt utgangspunkt i læren om dommens formelle sannhet.

Når det derimot gjaldt hendelsesforløp eller omstendigheter som hvilte på den tapende parts bevisføring, var meningene imidlertid delte. Ifølge Weber var det hendelsesforløp og de omstendigheter som betydde noe, det som kunne bevises. Dette måtte hver og en kjenne til. Og de bevis som hadde vekt, var den domstolen la til grunn i dommen. Örstedt, Bang-Larsen og Schrevelius mente i motsetning til Weber at uvisshet også kunne finnes vedrørende hvilke omstendigheter som *virkelig* hadde inntruffet; Det var en mulighet for at en parts påstand var riktig, men at han kunne ikke bevise det.

#### 4.3.2 Domstolen som vurderende subjekt

Skeie<sup>62</sup> uttaler om ”sakens tvilsomhet” at:

---

<sup>59</sup> Jfr. Jacobsson, s. 80 jfr. Wildte, s. 19-20

<sup>60</sup> Jfr. Jacobsson, s. 80 jfr. Örstedt, s. 403, Nellemann, s. 980, Bang-Larsen, s. 305, Wetzell, s. 566: ”der verständigste Mann”, Gemmel, s. 48: ”en viss lagbestemt qualité”, Wildte, s. 279: ”bonus pater familias”.

<sup>61</sup> Jfr. Jacobsson, s. 85 jfr. s. 109

<sup>62</sup> Jfr. Skeie, bind III, s. 436

”[Det] kan selvsagt ikke være hans egen opfatning om faktum eller rett; stillingen må være den at dommeren finner avgjørelsen tvilsom.”

Her stilles det altså ikke opp noen konstruksjoner om partens unnskyldelige feilbedømming ved saksanlegget. *Ordlyden* i §172 kan imidlertid tilsi noe annet.

#### 4.4 Oppsummering og vurdering – anvendelse i den videre drøfting

Dagens hovedregel tar utgangspunkt i det materielle rettsforholdet. Da vil et unntak som går ut på sakens rettslige og faktiske tvilsomhet ved saksanlegget, automatisk få begrenset betydning; Den ideelle anvendelsen av unntaket i dag innebærer at man er bundet av det faktum man bygger avgjørelsen i dommen på<sup>63</sup>. Dette gjør at unntaket i liten grad *kan* ta hensyn til den situasjonen den tapende part stod overfor ved saksanlegget; Det som blir fastslått i dommen, blir ansett for å ha eksistert allerede ved saksanlegget, og den tapende part har da handlet ”rettsstridig” gjennom å ”forårsake” rettergang og ”misbruke prosessen”. ”Misbruket” blir slik satt i sammenheng med den rett man hevdet, men ikke fikk medhold i i domstolen; Man har altså *objektivt* forårsaket rettergangen. Forenklet kan man si at ”sakens tvilsomhet” vurderes ut fra den tvilsomhet som eventuelt kan konstateres *etter at saken er fullstendig belyst*. På bakgrunn av dette foretar man så en vurdering av om den tapende part hadde ”fyldestgjørende grunn” til å gå til sak. Slik jeg forstår tolkningen av begrepet i dag, har tvilen ikke noe å gjøre med den tapende part og forholdene på saksanlegget overhodet.

Med *domstolen* som det vurderende subjekt med hensyn til hvilke kriterier som gjør en sak tvilsom, forsterkes inntrykket av unntakets begrensede betydning.

Det er en viss motsetning i en hovedregel som bygger på *resultatet* og et unntak som legger vekt på det ”*behov*” for prøving den tapende part har hatt; I utgangspunktet drar de i hver sin retning. I §172 har man imidlertid satt de i sammenheng ved at behovet er en vurdering av tvilsomheten rundt det resultat man er kommet til. Da vil unntaket i realiteten, etter min mening, kun si noe om bevissituasjonen, og lite om den faktiske situasjonen på saksanleggstidspunktet. En behovsprøving som hadde tatt utgangspunkt i tvilsomheten for en tenkt bonus pater familias ved *saksanlegget og tiden før*

---

<sup>63</sup> Jfr. vedlegg, punkt. 9.1.4.2



*hovedforhandlingen* ville imidlertid tatt et mer *reelt hensyn* til den tapende parts ”fyldestgjørende grunn” til, og behov for, å gå til sak. En slik forståelse vil være utgangspunktet for min videre drøfting, jfr. punkt 6 nedenfor.

## 5 TILKJENNING AV SAKSOMKOSTNINGER VERSUS DELING AV SAKSOMKOSTNINGER – EFFEKTEN AV EN UNIVERSAL HOVEDREGEL

### 5.1 Innledning

Jeg skal i dette avsnitt redegjøre for hvilken effekt en generell hovedregel for saksomkostninger kan ha i ulike type saker<sup>64</sup>. Den ene type saker jeg tar for meg er der det ikke eksisterer en reell tvist. Det innebærer at den ene parten vet at han ikke har retten på sin side, men velger likevel ikke å etterkomme rettighetshaverens krav. Den andre type saker er der det foreligger en reell tvist om hvem som har rett, utfallet er usikkert og begge har argumenter for sin side av saken. De fleste arbeidsrettssaker vil falle inn under denne kategorien. En hovedregel som innebærer at hver av partene bærer sine omkostninger vil i det følgende omtales som en ”hovedregel om deling”.

### 5.2 Betydningen i saker uten en reell tvist

#### 5.2.1 Den allmenne preventive effekten

Ideer om rettigheter og plikter kan få en sterkere psykologisk effekt ved vissheten om at man kan få rettigheten realisert ved en domstol. Den kanskje viktigste årsaken til at sivilrettslige regler påvirker de allmenne handlingsmønstre, ligger i kunnskapen om rettslige konsekvenser ved visse handlingsmåter (jfr. for eksempel culparegelen).

*Deles kostnadene* som hovedregel, kan det antas å virke hemmende på rettighetsideen; Rettighetshaveren får den oppfatning at han kun mot egen økonomisk oppofring kan fremtvinge betaling. Eieren antar at det vil medføre utgifter for han selv å verne om sin eiendomsrett.

---

<sup>64</sup> Fremstillingen er basert på Jacobsson, s.55ff

Er hovedregelen *erstatning til vinnende part* vil dette ikke være tilfelle; Det kan snarere ligge en viss stimulans i tanken på å kunne fremtvinge sin rett på skyldnerens bekostning. Regelen om erstatning har altså en forsterkende innvirkning på den sivilrettslige lovgivningen i de tilfellene den ene parten har visshet om sin rett.

### 5.2.2 For løsninger utenfor rettssystemet og for prosessfrekvensen

Dersom rettighetshaveren kan regne med at hans kostnader i en eventuell prosess skulle *deles*, må han trekke den sum han vil bruke på rettergang fra den sum han vil drive inn gjennom rettergangen. Slik kan det fremstå som mer fordelaktig for rettighetshaveren å få sin fordring betalt utenfor domstolssystemet. Slik vil også prosessfrekvensen holdes nede.

Men dette kan også ha en negativ konsekvens ved at tanken på deling kan holde rettighetshaveren fra å ta ut stevning, og da kan han heller ikke presse skyldneren til å betale med *trussel* om stevning. Man kan altså få den følge at rettighetshaveren, særlig dersom fordringen lyder på et mindre beløp, *verken* får drevet den inn utenfor eller innenfor rettssystemet. Skyldneren får slik en sterkere forhandlingsposisjon ved en hovedregel om deling.

Det kan imidlertid fremstå som lite rimelig å ta utgangspunkt i *prosessfrekvensen* som utgangspunkt for drøftingen; Formålet med hensyn til uomtvistede fordringer kan ikke være, gjennom en ide om kostnadsfordeling, å holde prosessfrekvensen nede.

*Hovedregel om erstatning til seirende part* vil gi et inntrykk av at domstolene står åpne for rettighetshavere, og rettighetshaveren får også bedre ”forhandlingsvilkår”; Han kan true med å gå til søksmål, og i disse sakene, hvor skyldneren vet han ikke kommer noen vei, vil det lettere kunne føre til at saken løses uten rettergang. Det er selvfølgelig viktig at rettighetshaverne i slike saker har en reell mulighet til å gå til sak, uten å måtte betale for det.

### 5.2.3 For partenes handlinger i prosessen

Dersom saken, til tross for at den er uomtvistet, likevel blir dratt inn for domstolene, for eksempel på grunn av skyldnerens betalingsuvillighet, synes det naturlig at rettighetshaveren går ut fra at han skal vinne, og skyldneren at han skal tape. Etter

dagens hovedregel vil det følgelig ligge i skyldnerens interesse å medvirke til så lave prosesskostnader som mulig. Vi får slik en rask og konsentrert rettergang.

### 5.3 Betydningen i saker med en reell tvist

#### 5.3.1 Den allmenne preventive effekten

Her vil partene i utgangspunktet mer eller mindre tro på at de har rett, og den preventive effekten vil ikke ha så stor betydning.

#### 5.3.2 For løsninger utenfor rettssystemet og for prosessfrekvensen

Har parten som utgangspunkt at *kostnadene deles*, behøver han ikke spekulere i søksmålets utgang for å kunne forutsi kostnadsfordelingen. Man har muligheten til å utarbeide en noenlunde sikker kalkyle over hva prosessen kommer til å koste.

Eventuelle unntaksregler modifierer synspunktene noe.

Ideen om *deling* kan ikke i og for seg antas å påvirke forliksvilligheten. Begge parter er likestilt på den måten at den ene ikke kan utøve press på den andre gjennom å henvise til kostnadene. En annen sak er at tanken på størrelsen av sine *egne* kostnader kan få partene til å avstå fra rettergang

Er hovedregelen at man *ved tap må erstatte den annen parts kostnader*, må man grunne sin kostnadsberegning på en antakelse av utfallet av saken. I og for seg har ikke den ene parten et bedre utgangspunkt enn den andre; Utfallet er høyst usikkert og begge parter vil ta en risiko. I praksis vil imidlertid den med store økonomiske ressurser i mindre grad behøve å ta hensyn til dette. Og dersom det i en type saker hovedsakelig er den ene parten som må bestemme seg for om han skal ”våge” å gå til sak, forsterkes argumentet.

Beregningene grunner seg i første omgang på kjennskap til sine egne og motpartens bevis, samt kunnskap om rettsregler. Her vil partens natur og kunnskapsnivå kunne ha innvirkning på avgjørelsen.

Etter dette er det et poeng at slike ”beregninger” vil være uten betydning for anvendelsen av ”sakens tvilsomhet”; *Hovedregelen* legger altså opp til en nøye

vurdering av sin egen sak før saksanlegget. Mens *unntaksregelen* om ”sakens tvilsomhet” i realiteten ikke tar hensyn til denne vurderingen, verken ut fra personen selv eller en tenkt bonus pater familias.

Sammenfatningsvis kan *hovedregelens* betydning i tvistige tilfeller sies å være slik: Forliksvilligheten kan tenkes stimulert av at en part tror at han skal tape og dermed må erstatte motpartens kostnader. Prosessfrekvensen blir slik holdt nede. Den part som tror han skal vinne, kan derimot antas å være uvillig til oppgjør utenfor rettssystemet på grunn av tanken på at rettergang ikke behøver koste ham noen ting. Prosessfrekvensen blir slik *ikke* holdt nede. Et generelt formål med omkostningsreglene kan imidlertid ikke være å holde prosessfrekvensen nede. Men at det er en hensiktsmessig *effekt* i en del tilfeller, er det vel heller ingen tvil om.

Spørsmålet er om effekten treffer der den *bør*; Jeg mener at betenkelighetene med effekten av den hovedregel vi har i dag, er større i saker der man vanskelig kan forutsi utfallet, som for eksempel stillingsvernsakene; Siden disse sakene er rene, rettslige vurderinger der saksforholdene ofte er uoversiktlige og komplekse og utfallet lite forutsigbart, kan behovet for domstolsprøving i disse sakene være store. En presumptivt sterk og svak økonomisk part forsterker dette argumentet. Følgelig blir hovedregelen om at den tapende part skal dekke motpartens saksomkostninger ikke like rimelig som i de uomtvistede sakene, samtidig som den høye søksmålsterskelen den representerer blir særlig betenkelig.

Ekelöf har gjort gjeldende at størrelsen på kostnadene i saker med en reell tvist, sett i forhold til partenes økonomiske forhold, antakeligvis gjøre at risikoen for å måtte betale doble kostnader veier tyngre enn sjansen for å få prosedere gratis. Anser en part at hans økonomiske situasjon ikke skulle tåle den belastning en beslutning om erstatningsskyldighet skulle utgjøre, vil han kvie seg for å gå til domstolene<sup>65</sup>.

Samfunnsøkonomiske hensyn taler altså for at forliksvilligheten burde stimuleres og prosessfrekvensen holdes nede. Mot dette kan anføres at partene kan ha vanskeligheter med å forlikes, hvilket vil kreve en omfattende utredning av saksforholdet og stillingstagende til rettsspørsmål av spesiell art. *Partene kan ha behov for å vende seg til*

---

<sup>65</sup> Jfr. Jacobsson, s. 65 jfr. Ekelöf, s. 81

*domstol i disse tilfellene.* For å kunne tilby allmennheten service i slike søksmål, ville en *kostnadsfordeling*, som ikke avskrekker partene fra å gå til domstol, være mest formålstjenlig.

Fester man større oppmerksomhet til kostnadsrisikoen enn til kostnadssjansen, jfr. Ekelöf, vil hovedregelen best tilgodese de samfunnsmessige ønskemål. En regel om deling, vil derimot, bedre enn hovedregelen, samsvare med tanken om domstolsservice i særlige vanskelige tvister.

### 5.3.3 For partenes handlinger i prosessen

En hovedregel om tilkjenning vil gjøre partene interessert i å vinne hovedsaken. Antar han at ytterligere bevisføring vil øke hans muligheter til dette, vil han gjennomføre en slik bevisføring. En slik hovedregel vil lettere føre til en tankegang om at man *må* vinne, for da slipper man å betale noe som helst. Slik kan man stimuleres til å foreta ytterligere prosesshandlinger. Tanken på en kostnadsfordeling i en slik situasjon vil antas å stimulere til å holde kostnadene nede.

En hovedregel om tilkjenning kan altså føre til at saksomkostningene blir høyere enn nødvendig. Ved siden av dyre juridiske tjenester kan noe av årsaken til at saksomkostningsnivået har blitt høyere enn man ønsker, ligge her. Å få ned saksomkostningsnivået er et mål etter forarbeidene til ny tvistelov<sup>66</sup>.

## 5.4 Oppsummering og vurdering – anvendelse i den videre drøfting

Under forutsetning av at arbeidsrettssakene hovedsakelig vil være saker med en reell tvist, vil det av det foregående kunne være argumenter for å hevde at en hovedregel om deling i disse sakene vil være mer hensiktsmessig enn en hovedregel om tilkjenning.

Et eventuelt utstrakt behov for hensyntagen til ”sakens tvilsomhet” ved saksanlegget kan *også* tale for en alternativ hovedregel; Dersom behovet for å ta i bruk unntaket er stort, kan det være et argument for å ”snu” hele regelen, og ”sette unntaket først”. Den vil da ta større hensyn til den eventuelle tvilsomhet som karakteriserer

---

<sup>66</sup> Jfr.NOU 2001:32,s.546

arbeidsrettssakene *og* til et eventuelt behov for at søksmålsterskelen senkes. På en måte blir dette å karakterisere noen saker som tvilsomme på grunn av rettsspørsmålets *art*.

Dette er imidlertid ikke godtatt som grunn for anvendelse av unntaket i §172(2) første alternativ; I Rt-1992-906 hadde Lagmannsretten fritatt for saksomkostninger og blant annet vist til ”rettsspørsmålets *art*”. Dette ga ikke tilstrekkelig grunn til å fravike hovedregelen om at den tapende part skal ilegges omkostningsansvar. Lagmannsrettens avgjørelse vedrørende saksomkostningsspørsmålet ble derfor opphevet.

I sammenheng med argumenter for en hovedregel om deling er det viktig å være klar over i hvilke arbeidsrettslige saker det kan være rimelig at den tapende part bør erstatte motpartens omkostninger; Etter min mening vil det være i de tilfeller der arbeidsgiver *klart* har misbrukt sin styringsrett og der arbeidstaker *klart* har gått til sak uten grunn. Jeg vil anta at de aller fleste arbeidsrettssaker som kommer opp vil være av en mer tvilsom karakter, og at behovet for prøving kan være stort selv om den *endelige* kartleggingen av faktum og rettsregler vil fremstå som relativt utvilsomt ved sakens avgjørelsestidspunkt. Særlig vil et behov for prøving gjøre seg gjeldende tatt i betraktning over- og underordningforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker og de verneregler som er opprettet på bakgrunn av dette.

## **6 HVORDAN KAN SAKSOMKOSTNINGSREGLENE BEST IVARETA DE HENSYN SOM GJØR SEG GJELDENE I ARBEIDSRETTSSAKENE – SÆRTREKK VED ARBEIDSRETTSSAKENE**

### **6.1 Foreløpig oppsummering – utgangspunkter for den videre drøfting**

Etter redegjørelsene ovenfor vil det i det i hovedsak være tre temaer jeg vil drøfte, sett i lys av noen særtrekk ved arbeidsrettssaker.

For det første vil jeg fortløpende kommentere hvorvidt dagens innhold og konstruksjon av saksomkostningsreglene er egnet til å ta hensyn til de særlige forhold som gjør seg gjeldende i arbeidsrettssakene. Mye av dette er belyst generelt ovenfor i punkt 4 og 5.

På bakgrunn av en antagelse om at sakens tvilsomhet ikke brukes i den utstrekning som ble forutsatt i Ot.prp.nr.78(1980-1982), vil jeg drøfte hvorvidt det er et behov for en vektlegging av ”sakens tvilsomhet” ved *saksanleggstidspunktet* i arbeidsrettssakene. Da med et større fokus på den situasjonen *parten* kan stå overfor på dette tidspunkt, jfr. nærmere om mine forutsetninger for drøftingen punkt 4.4 ovenfor. Spørsmålet er om man på grunnlag av sakens tvilsomhet ved saksanlegget kan utlede at man i arbeidsrettssakene bør rette et større fokus på *behovet* for prøving, mer uavhengig av dommens materielle resultat. Slik vil unntaket ”sakens tvilsomhet” få et større nedslagsfelt som kanskje er bedre egnet til å ivareta departementets forutsetninger i Ot.prp.nr.78(1980-1982).

Et poeng er imidlertid at den plassering ”sakens tvilsomhet” har i dag ikke vil gi noen forutberegnelighet; Hovedregelen er fortsatt tilkjenning ved tap; Søksmålsterskelen vil derfor være like stor, selv om domstolen har en mulighet til å tilpasse saksomkostningsavgjørelsen slik at den kommer i overensstemmelse med den situasjonen saksøker stod overfor ved saksanlegget. Jeg vil derfor, *for det tredje*, drøfte hvordan en hovedregel om *deling* vil påvirke situasjonen. En slik prinsipiell endring vil dels kunne begrunnes i særtrekk ved arbeidsrettssakene som gjør saken tvilsom ved



saksanlegget. Dels kan det begrunnes i andre faktorer, som blant annet partsforholdet. Følgelig vil man i større utstrekning kunne ta hensyn til sakens tvilsomhet ved saksanlegget uten at dette vil være en ”motsetning” til hovedregelen.

På grunn av plasshensyn vil jeg imidlertid ikke gi noen nærmere nyansering av hvordan en slik prinsipiell endring skulle se ut. Hovedformålet i denne sammenheng kan i all enkelhet sies å være å senke søksmålsterskelen; Dette er nevnt i forarbeidene til lovendringene i arbeidsmiljøloven i 1982<sup>67</sup>, og også poengtert i NOU 2001:32,s.131. Jeg vil imidlertid *kort* kommentere hvorvidt saksomkostningsreglene *bør* være like for arbeidstaker og arbeidsgiver, se nedenfor punkt 7.

Jeg vil hovedsakelig ta for meg de særtrekk som omhandler *opphør* av et arbeidsforhold(stillingsvernsakene). Mange av synspunktene vil nok imidlertid gjøre seg gjeldende i saker som oppstår *ved ansettelse* og *i* et arbeidsforhold. Drøftelsen må leses under forutsetning av bestemmelser redegjort for i punkt 2.

Jeg vil foreta en samlet behandling av oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold, oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold og avskjed, og særlig kommentere de tilfeller der ulike hensyn eventuelt gjør seg gjeldende.

## 6.2 Hva kan gjøre arbeidsrettssakene tvilsomme ved saksanlegget?

### 6.2.1 Saksbehandlingen forut for oppsigelse

Saklighetskravet inneholder et saksbehandlingselement<sup>68</sup>. Saksbehandlingskrav kan ellers følge av aml.§57, tariffregler, særlov eller ulovfestede regler om forsvarlig saksbehandling. I offentlig tjeneste følger det i tillegg av forvaltningsloven(fvl.)<sup>69</sup>§16 jfr.§§3 og 2(2). I privat virksomhet følger det av hovedavtalen mellom LO og NHO §10-2. Etter aml.§56A har arbeidsgiver ved masseoppsigelser en informasjons- og drøftingsplikt.

---

<sup>67</sup> Ot.prp.nr.78(1980-1981)s.3-4

<sup>68</sup> Jfr.Jakhelln,2004,s.358

<sup>69</sup> Lov 1967-02-10 nr.69

Saksbehandlingskravet har særlig vært i fokus ved vurderingen av saklighet ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold. *At saken ikke har vært tilfredsstillende behandlet, er ikke i seg selv tilstrekkelig til at oppsigelsen må underkjennes.* Da må det være rimelig grunn til å tro at resultatet ville blitt et annet dersom bedriften hadde gått frem slik den skulle<sup>70</sup>. Videre må det være opp til bedriften å påvise at det ville vært nødvendig å si opp arbeidstakeren dersom bedriften hadde gått frem på annen måte<sup>71</sup>. For at oppsigelsen skal bli underkjent på et slikt grunnlag er det videre ikke nødvendig å påvise konkret hvilke stillinger eller arbeidsoppgaver arbeidstaker eventuelt skulle ha vært tilbudt<sup>72</sup>.

Drøftingsregelen i aml.§57(1) skal sikre at en beslutning om oppsigelse treffes etter grundige overveielser. Oppsigelsesvernet etter arbeidsmiljølovens regler har ikke som konsekvens at arbeidstakerne kan få underkjent som usaklig de disposisjoner ledelsen treffer *før* noen arbeidstaker er sagt opp, jfr.Rt-1989-508.

Spørsmålet i vår sammenheng er hvordan kravene til saksbehandlingen kan og bør påvirke saksomkostningsavgjørelsen. Dette vil være særlig interessant i de tilfeller der man kommer til at saksbehandlingen ikke har vært tilfredsstillende, men oppsigelsen likevel ikke underkjennes. Det vil også kunne få betydning der oppsigelsen kjennes ugyldig.

Det er ikke gitt at dagens innhold av ”sakens tvilsomhet” vil komme til anvendelse i disse tilfellene; Det kommer an på hvordan saken kartlegges under hovedforhandlingen. At arbeidstaker på grunn av unnlatt drøfting kan ha hatt en ”fyldestgjørende grunn”, et behov for, å prøve saken på *saksanleggstidspunktet* behøves det ikke tas hensyn til. §172(2) tredje alternativ vil muligens kunne anvendes dersom den seirende part kan bebreides for den unnlatt drøftingen.

---

<sup>70</sup> Eksempler fra praksis: ARD-1978- 65(s.69),1980-62(s.69),NAD-1988-255,RG-1997-83. Motsatt Mfa.1969-70.50,Skien,som synes å basere seg på absolutt ugyldighet.

<sup>71</sup> Jfr.justitiarius Ryssdal i Rt-1972-1330(s.1336)

<sup>72</sup> Jfr.Rt-1966-393 forutsetningsvis og NAD-1984-85.384,Bergen

Poenget er imidlertid at manglende drøfting og saksbehandling generelt, er et eksempel på at et større fokus på den tvilsomhet rundt faktum som kan foreligge ved saksanlegget, vil kunne være hensiktsmessig i arbeidsrettssaker. Et unntak fra tilkjenning ved "sakens tvilsomhet" med dette alternative innhold, vil kunne omfatte alle de nåværende alternativer i annet ledd, men vil ikke kreve *bebreidelse* av den seirende part eller at ufanget "berodde paa" omstendigheter som fremkom først under hovedforhandlingen; Det sentrale poeng vil være at dersom arbeidsgiver har unnlatt å drøfte, vil dette kunne ha betydning for hvordan arbeidstaker oppfatter sakens generelle opplysning på det tidspunkt han må velge om han vil bestride den eller ikke; Han kan ha hatt et *behov* for å prøve saken.

Det minst tyngende resultatet vil imidlertid ikke kunne bli noe mer enn at hver av partene må dekke sine utgifter; Når arbeidstaker i så sterk grad kan sies å være "tvunget" til å gå til domstolene for å få frem sin side av saken, vil det da være rimelig at han skal måtte betale for arbeidsgivers slette arbeid? Arbeidstaker kan ha hatt god grunn til å gå til sak, men vil bare få dekket samtlige utgifter dersom han *vinner*. En større vektlegging av partens "fyldestgjørende grunn" å gå til sak ved saksanleggstidspunktet, vil kunne ta mer hensyn til dette. Tvungne forhandlinger jfr.aml.§61 vil imidlertid svekke argumentet noe.

Det kan i denne sammenheng være interessant å se på den særlige bestemmelse om saksomkostninger i fvl.§36. I forarbeidene til denne uttales det at:

Har man for eksempel vært nødvendig å engasjere sakkyndig bistand for å overbevise myndigheten om hva som er rett mht. rettsregler og faktum, "er man kommet over i en gruppe hvor omkostningsansvar har mer for seg. *Det samme gjelder når det offentlige ikke gir adekvat veiledning for vedkommende part, eller saksbehandlingen av andre grunner er mangelfull.*"<sup>73</sup>(min utheving)

I disse sakene er utgangspunktet at hver part dekker sine omkostninger, men man har altså statuert et *erstatningsansvar* for det offentlige som arbeidsgiver dersom arbeidstaker i en klagesak får endret vedtaket til sin gunst på grunn av for dårlig saksbehandling. Fremhevingen av "rettsregler og faktum" understreker karakteren av

---

<sup>73</sup> Jfr.Ot.prp.nr.27(1968-1969)s.24

fvl. § 36 som en ”omvendt” tvml. § 172. Som nevnt ovenfor mener jeg imidlertid at et krav om at oppsigelsen må anses for å være usaklig (jfr. ”endret til sin gunst” i fvl. § 36) for at arbeidstaker skal få dekket omkostningene, ikke alltid vil være et godt nok resultat; For selv om arbeidsgiver hadde saklig grunn til å si opp vedkommende, så vil arbeidsgiver, som den profesjonelle part, ha et ansvar for å gi arbeidstaker den informasjon som trengs for at han skal kunne ivareta sine rettigheter. Dersom han ikke har oppfylt disse kravene, er sannsynligheten stor for at rettssak er kommet i stand *på grunn av* forgåelsen<sup>74</sup>.

En unntaksregel som ga adgang til erstatning også til den *tapende part* ville kunne ta hensyn til dette, og ville også kunne ”fange opp” de tilfellene der sak er kommet i stand på grunn av *arbeidstakers* manglende samarbeidsvilje. En større vektlegging av sakens tvilsomhet ved saksanlegget, og dermed også behovet for prøving, ville gjort dette mer naturlig enn med den vektleggingen vi i dag har på resultatet i kraft av hovedregelen. Tvml. § 173 gir kun adgang til å tilkjenne tapende *saksøkte* erstatning i slike tilfeller.

Nå er det imidlertid slik at rettspraksis legger så stor vekt på drøftingsplikten, at dersom drøftinger kunne ha vært holdt, og likevel er unnlatt, vil domstolene lett komme til at oppsigelsen er usaklig<sup>75</sup>. Den gjengse praksis er imidlertid, etter min mening, ikke en prinsipiell nok løsning.

## 6.2.2 Begrunnelse

Etter aml. § 57(3) har man, etter forespørsel, krav på en begrunnelse for arbeidsgivers oppsigelse eller avskjed. For offentlige stillinger følger det av forvaltningsloven at en oppsigelse skal grunngis ”samtidig med at vedtaket treffes”, jfr. fvl. §§ 24(1), 2(2) og 26. Begrunnelsen kan være viktig i arbeidstakers vurdering av om han vil prøve saken for domstolene

---

<sup>74</sup> Se Skeie, bind III, s. 436

<sup>75</sup> Drøftingsregelen er i Ot.prp.nr.50(1993-1994), s. 183 karakterisert som en ”ordensforskrift”, men domstolenes vektlegging av drøftingsplikten gjør neppe betegnelsen treffende; Dersom drøfting kunne vært holdt men likevel unnlatt, vil en domstol lett komme til at oppsigelsen er usaklig, jfr. Fougner, s. 593. Se også Rt-2001-1253 der oppreisning ble tilkjent pga. saksbehandlingsfeil

Det er i utgangspunktet ikke knyttet rettsvirkninger til unnlatelse av å oppgi grunnen til oppsigelse etter arbeidsmiljøloven. Men departementet mener at en slik vegring vil få negativ virkning for arbeidsgiveren ved eventuell tvist om rettmessigheten av oppsigelsen. Og til tross for ordlyden i §57, kan det tillegges vekt både ved saklighetsvurderingen, erstatningsutmålingen, bevisbyrden og hvem som skal bære saksomkostningene<sup>76</sup>. Mangelfull grunngeving er en sterk indikasjon på at en oppsigelse ikke har saklig grunn. *En oppsigelse vil likevel ikke underkjennes med mindre det er rimelig grunn til å tro at resultatet ville blitt et annet dersom bedriften hadde gått frem slik den skulle.*

Dersom begrunnelse ikke gis, vil arbeidstaker stå overfor en mer uklar faktum- og rettsregelsituasjon ved søksmålstidspunktet enn nødvendig. Selv om dagens unntak i tvml.§172(2) muligens vil komme til anvendelse i slike tilfeller, ser vi også her eksempel på at det kan være hensiktsmessig å legge vekt på den faktiske situasjon og det behov for prøving som forelår på tidspunktet for saksanlegg. *Søksmålsterskelen* vil imidlertid være den samme med den plassering reglene har i dag. Videre vil de samme betraktninger med hensyn til adgangen til erstatning av prosessutgifter til den *tapende part*.

### 6.2.3 Anførte og reelle grunner

I forlengelsen av arbeidsgivers begrunnelse, kan det være grunn til å gå nærmere inn på arbeidsgivers eventuelle *anførte og reelle grunner for oppsigelsen*.

Som nevnt har ikke arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven uten videre en plikt til å grunngi en oppsigelse. Plikten er betinget av at arbeidstaker ber om å få oppgitt de forhold som påberopes som grunn for oppsigelsen<sup>77</sup>. Videre er spørsmålet i hvilken utstrekning han er ”bundet” av de grunner han har anført. Hovedregelen har vært at man skal ta utgangspunkt i de *reelle grunner*<sup>78</sup>. Dette innebærer at en oppsigelse som er motivert av utenforliggende grunner, skal underkjennes, selv om den er kamuflert bak

---

<sup>76</sup> Jfr.Ot.prp.nr.41(1975-1976),s.70,Rt-1996-1401,Jakhelln,2004,s.363

<sup>77</sup> Jfr.Ot.prp.nr.41(1975-1976)s.70 og Arbeidsrettslige emner s.310-311(Evju)

<sup>78</sup> Jfr.Kr. Andersen,s.283,Brofoss/Eskeland,s.118

en saklig begrunnelse. Det er derimot ikke like opplagt at en oppsigelse kan ”forsvares” ut fra de reelle grunner dersom det viser seg at den grunn som er *anført*, ikke er tungtveiende nok<sup>79</sup>.

Dersom begrunnelsen er gitt allerede ved underretning om arbeidsforholdets opphør, kan det neppe stilles opp som ufravikelig regel at arbeidsgiver er ”bundet” av de grunner som er anført. Desto mer gjelder dette dersom arbeidsgiver for eksempel ”pynter på” oppsigelsen for ikke å skape unødige komplikasjoner for arbeidstaker senere<sup>80</sup>.

I de tilfeller der begrunnelsen er gitt etter krav fra arbeidstaker, må det imidlertid kunne presumeres at den grunn som er anført, også er den reelle. Vi kan her trekke en parallell til forvaltningsvedtak som har vært motivert av utenforliggende hensyn. Her er utgangspunktet at vedtaket skal underkjennes selv om det *kunne* vært begrunnet på lovlig måte.

Dersom det kan dokumenteres at begrunnelsen er fiktiv, er det imidlertid neppe noen avgjørende grunn til at arbeidsgiver helt ut skal være avskåret fra å prosedere på de forhold som reelt har vært motiverende<sup>81</sup>. *I arbeidsrettslig rettspraksis har det vært adgang for arbeidsgiver til å prosedere på forhold som ikke har vært trukket frem før på et forholdsvis sent stadium av saken.* I disse tilfellene har det da vært gjort et poeng ut av at forholdene må antas å ha vært motiverende, selv om de ikke har vært anført av arbeidsgiver tidligere<sup>82</sup>. Arbeidsgiver må ha bevisbyrden for dette, og etter forholdene må det også kunne stilles strenge krav til bevis<sup>83</sup>.

Utgangspunktet må etter dette antas å være at en oppsigelse ikke har saklig grunn dersom den er ulovlig motivert, selv om arbeidsgiver også kunne anført saklige grunner for oppsigelse. Det kan imidlertid virke unødig formelt om oppsigelsen uten videre skal

---

<sup>79</sup> Jfr.Fanebust,s.59

<sup>80</sup> Jfr.Fanebust,s.59 og LARD-1979-59

<sup>81</sup> Jfr.Fanebust,s.60

<sup>82</sup> Jfr.f.eks.Rt-1959-900,LARD-1980-48,LARD-1979-318

<sup>83</sup> Se Rt-1996-1401 der et tilleggsgrunnlag ble anført først under hovedforhandling i første instans

kjennes ugyldig i slike tilfeller. I hvert fall i noen tilfeller må det derfor være riktig bare å gi dom for erstatning, som en form for mellomløsning<sup>84</sup>.

Poenget i vår sammenheng er at dersom bedriften har opptrådt med en annen begrunnelse enn den reelle, må dette kunne trekkes inn ved saksomkostningsspørsmålet<sup>85</sup>.

Jeg vil anta at dagens forståelse av tvml.§172 i de overveiende antall tilfeller vil føre til at unntaksreglene kommer til anvendelse, og at partene må dekke sine omkostninger. Både andre og tredje alternativ i annet ledd kan tenkes å fange opp disse tilfellene.

Men også dette er et eksempel på at en større vektlegging av ”sakens tvilsomhet” ved saksanleggstidspunktet vil være hensiktsmessig; Arbeidstaker har gått til sak på bakgrunn av de grunner arbeidsgiver har anført. Når adgangen til endringer og utvidelse av begrunnelsene er såpass vide som antydnet ovenfor, vil saken kunne avgjøres ut fra et helt annet faktum enn det arbeidstaker gikk til domstolene med.

Et poeng er det også her at en alternativ fokusering som nevnt, i større grad vil kunne ta hensyn til rimeligheten av at arbeidstaker skal måtte dekke *sine egne* saksomkostninger; Når arbeidsgiver har muligheten til å prosedere på helt andre forhold enn de først anførte, er det en mulighet for at arbeidstaker ikke hadde gått til sak i utgangspunktet. En deling av omkostningene, vil derfor ikke alltid kunne yte tapende part full rettferdighet; Han har på en måte blitt ”lurt” inn i rettssystemet på bakgrunn av forhold arbeidsgiver bør svare for. Og selv om arbeidsgiver vinner saken, er det ikke sikkert det er rimelig at arbeidstaker skal dekke utgiftene.

#### 6.2.4 Oppsummering av punkt 1-3

Poenget er først og fremst at dette illustrerer hvordan saken kan se ytterst tvilsom ut ved saksanlegget, men at det er en mulighet for at oppsigelsen likevel opprettholdes. Dette kan tale for et større fokusering på tvilsomheten ved saksanlegget. For det andre vil en

---

<sup>84</sup> Jfr.Fanebust:Oppsigelse på politisk grunnlag,s.160

<sup>85</sup> Jfr.Fanebust,s.60

større fokusering på sakens tvilsomhet, og behovet for prøving, kunne ta hensyn til at et særlig ansvar for sakens opplysning rundt faktum og rettsregler i arbeidsrettssakene hviler på arbeidsgiver. Det kan derfor være et større behov for å ta hensyn til at saken er kommet opp *på grunn av* hans forsømmelser; Det kan da være god grunn til å konstatere erstatningsansvar for arbeidsgiver, *selv om han vinner*<sup>86</sup>. At han som regel er en sterkere økonomisk part og at det som hovedregel er arbeidstaker som står overfor valget om han vil gå til sak, forsterker etter min mening synspunktet. Med dagens vektlegging på dommens resultat vil ikke dette kunne tas hensyn til i like stor grad.

I dag er det adgang til tilkjenning til den tapende part etter tvml. §§ 173 og 177. Men disse har strenge vilkår. § 173 er ikke særlig anvendelig i våre saker idet den gir rett til saksomkostninger til tapende *saksøkte*. § 177 gjelder rettstridig atferd *under saken* og blir dessuten sjelden påberopt<sup>87</sup>.

Skeie uttaler at: ”Når den vinnende er skyld i prosessen, burde den tapende ikke alene være fri fra erstatningsansvar; han burde ha erstatning dersom han selv har handlet i velgrunnet tro. Men denne setning har loven bare rettet mot saksøkeren”<sup>88</sup>(jfr.tvml.§173). Skeie ser altså ut til å legge vekt på den tvilsomhet og den gode tro som foreligger ved saksanlegget.(Min uth.)

### 6.2.5 Bevisbyrden

Prinsippene om bevisbyrde kan være av sentral betydning for hvor langt oppsigelsesvernet rekker. Aml.§64(2), §65(1) og §65A(3) er klare og lovfestede regler om bevisbyrde. Selv om de ikke sier noe om hvilken overvekt i sannsynlighet som kreves, angis det hvem som må ta følgene hvis det er tvil om årsaken til oppsigelsen. Utenfor området for disse særreglene, er det ikke lovfestet noen regler om fordeling av bevisbyrde. Det er da hensiktsmessig å se på de hensyn som kan være aktuelle å trekke inn når bevisbyrden skal fordeles i praksis.

I forarbeidene til 1939-loven er det riktignok uttalt at ”arbeidstaker skal godtgjøre at lovens forutsetninger for rettstridig oppsigelse foreligger”. Fanebust stiller seg imidlertid tvilende til hvor stor vekt man skal legge på dette, jfr.s.308ff.

---

<sup>86</sup> Se Skeie, bind III, s.436

<sup>87</sup> Se Hov, bind III, s.433

<sup>88</sup> Jfr.Skeie, bind III, s.436



For det første kan det være grunn til å se på hvem som har mest å tape ved en uriktig dom. Her trekker Fanebust paralleller til strafferetten der særlige regler om bevisbyrde og krav til sannsynlighetsovervekt har sin bakgrunn i at det oppfattes som mer uheldig at en uskyldig blir dømt enn at en skyldig går fri. I arbeidsrettssakene er disse synspunkter særlig nærliggende dersom arbeidstaker er blitt sagt opp på grunn av klanderverdige forhold. Det kan blant annet få konsekvenser for hans videre karriere. Mot parallellen til strafferetten kan anføres at en arbeidsgivers behov for oppsigelse og avskjed er mer direkte og akutte enn de allmenn- og individualpreventive hensyn som gjør seg gjeldende i strafferetten. At en uriktig dom vil være av større betydning for arbeidstaker enn for arbeidsgiver er likevel neppe utvilsomt, særlig dersom det er anført grunner som kan virke infamerende<sup>89</sup>. I slike tilfeller er det følgelig nærliggende at arbeidsgiver har bevisbyrden<sup>90</sup>.

Et neste spørsmål er hvem som best kan skaffe de nødvendige opplysninger. Arbeidsgiver har som hovedregel best oversikt over hvilke egenskaper som trengs i den enkelte stilling og om arbeidstaker ikke fyller de krav som med rimelighet kan stilles til stillingen. Slik er det mest nærliggende at bedriften bør pålegges bevisbyrden. At arbeidsgiver har bevisbyrden, vil også føre til at oppsigelsesvernet forsterkes. På den annen side vil en regel om at bevisbyrden bør legges på den som best kan skaffe de nødvendige opplysninger, føre til at arbeidstaker bør ha bevisbyrden for at det har foreligget lovlig grunn for, for eksempel fravær<sup>91</sup>.

Videre bør det vel være et moment at risikoen ved tvil bør ligge hos den som var nærmest til å sikre bevis den gang dette var mulig. Rettspedagogiske og preventive hensyn kan begrunne dette synspunktet<sup>92</sup>. Følgelig er det også arbeidsgiver som i utgangspunktet bør ha bevisbyrden for de forhold som er anført som grunnlag for oppsigelse, også dersom man tar hensyn til nettopp nevnte synspunkt. Og da uavhengig

---

<sup>89</sup> Se Fanebust, s.309

<sup>90</sup> Se Mfa1965-66.34 der retten baserte seg på at arbeidsgiver hadde bevisbyrden i spørsmålet om hvem som hadde skyld i vanskelige samarbeidsforhold.

<sup>91</sup> Jfr.f.eks.LARD-1980-358,Oslo

<sup>92</sup> Jfr.Fanebust ,s.310 jfr.Eckhoff: Tvilsrisikoen,s.67-76, Eckhoff: Sivilprosess,s.158-160 og Bratholm/Hov,s.303-304.

av om oppsigelsen grunner i forhold på arbeidstakers forhold eller virksomhetens forhold. Synspunktet medfører imidlertid også at arbeidstaker bør ha bevisbyrden for eventuelle unnskyldende momenter.

Man må anta at de formelle prinsipper om bevisbyrde ikke vil bli avgjørende for resultatet i arbeidsrettssakene<sup>93</sup>. I de tilfellene det skjer, vil resultatet ofte bli at oppsigelsen blir ansett usaklig dersom arbeidsgiver ikke kan dokumentere de forhold som er anført som grunnlag for oppsigelse. Vi har imidlertid flere eksempler på at rettspraksis uttrykkelig pålegger arbeidsgiver bevisbyrden<sup>94</sup>. I Rt-1959-900 fastslo Høyesterett at arbeidsgiveren har risikoen for at de faktiske forhold oppsigelsen bygger på er korrekte, dersom nærmere undersøkelser ikke er foretatt<sup>95</sup>. Dette viser klart hensiktsmessigheten av et unntak som bygger på den tvil om faktum som foreligger ved *saksanleggstidspunktet*. Slik ”sakens tvilsomhet” anvendes i dag, vil jo arbeidsgiver i prinsippet kunne komplettere faktum som han ønsker, og dermed styre belysningen av saken alt etter som han ser hvordan utfallet vil bli.

Enda mer vanlig er det at domstolene *forutsetter* at arbeidsgiver har bevisbyrden<sup>96</sup>.

Fougner, Holo og Friberg mener at arbeidsgivers bevisbyrde nå uttrykkelig er fastsatt i aml.§63, og at det må antas at de samme krav må gjelde ved oppsigelsen etter §60, jfr.Fougner,s.632.

I Rt-1996-1401 fastslo Høyesterett at arbeidsgiver hadde en ”relativ streng bevisbyrde” for at et nytt faktisk forhold hadde vært motiverende slik som anført.

Vi ser altså at bevisbyrden som hovedregel hviler på arbeidsgiver. Som nevnt ovenfor er det heller ikke utelukket at han kan ta med argumenter underveis. Slik er det på en måte arbeidsgiver som sitter med alle ”kortene på hånden”. Igjen ser vi behovet for en sterkere vektlegging av sakens generelle tvil rundt faktum *ved saksanlegget*, og dermed også en større hensyntagen til arbeidstakers *behov* for prøving. Dagens øvrige unntak i

---

<sup>93</sup> Jfr.Fanebust,s.311

<sup>94</sup> Jfr.Fanebust,s.311 jfr.f.eks.ARD-1980-90,Mfa1983-92,Oslo,NAD-1981-83.498,Frostating

<sup>95</sup> Se også Rt-1987-117 og Rt-1992-776.

<sup>96</sup> Se f.eks.RG-1956-281, RG-1950-626, RG-1954-511, RG-1955-42, RG-1957-427 og RG-1968-622

§172 vil kunne ta hensyn til nye ”bevis” i hovedforhandling og eventuell ”skyld” i prosessen.

At arbeidsgiver bør ha en viss risiko for at den avgjørelsen han har tatt, er riktig, vil etter min mening ikke være et helt urimelig synspunkt. Dette er et moment som underbygger argumentene for en adgang til tilkjenning av erstatning til den tapende part, dersom opplysninger om sakens generelle opplysning ikke har kommet godt nok frem. Presumptiv god tro hos arbeidsgiver er imidlertid et motargument.

#### 6.2.6 Søksmålsfrister

De særlige prosessreglene i arbeidsmiljøloven er opprettet hovedsakelig på grunn av behovet for rask saksgang. I stedet for forliksrådsbehandling har man derfor en ordning med forhandlingsplikt før søksmålet, dersom en av partene krever det, jfr.aml.§61(2). Dette må kreves skriftlig innen to uker etter at oppsigelsen er mottatt eller to uker etter at arbeidsgiveren er underrettet om at søksmål er eller vil bli reist. Forhandlinger må så holdes innen to uker etter at kravet om forhandlinger er mottatt og slutføres senest to uker etter at første forhandlingsmøte ble holdt. Hensynet bak en slik forhandlingsordning med såpass knappe frister, er å sørge for at forhandlingsfasen avsluttes raskt. Dersom oppsigelsen angripes på grunn av formmangler, jfr.§57, gjelder andre regler om søksmålsfrister. Arbeidsmiljølovens prosessregler kommer imidlertid til anvendelse.

Loven har ikke fastsatt noen rettsvirkning for de tilfeller der en av partene motsetter seg forhandlinger. Men i tillegg til innvirkning på saklighetsvurderingen vil det kunne ha betydning for spørsmålet om arbeidstakeren har rett til å bli stående i stillingen etter §61 nr.4<sup>97</sup>.

Jeg vil anta at også saksomkostningsavgjørelsen bør ta hensyn unnlatte forhandlinger. Etter tvml.§172(2) *tredje alternativ* er det imidlertid ikke anledning til å ta hensyn til at den vinnende part ikke har akseptert voldgift eller annen tvisteløsning utenom de ordinære domstoler<sup>98</sup>. En alternativ betydning av sakens tvilsomhet som nevnt vil imidlertid kunne ta hensyn til dette. Når det gjelder betydningen av selve forhandlingene med hensyn til saksomkostningsavgjørelsen,

---

<sup>97</sup> Jfr.Ot.prp.nr.41(1975-1976)s.73

<sup>98</sup> Jfr.Rt-1997-288

vil de samme synspunkter som ved saksbehandlingen forut for oppsigelsen gjøre seg gjeldende.

Etter at forhandlingene er avsluttet, skal søksmål være reist innen åtte uker, jfr.aml.§61(3). Hvis arbeidstakeren bare krever erstatning, er søksmålsfristen seks måneder fra oppsigelsen fant sted, jfr.aml.§61(3).

Bestemmelsen må ses i sammenheng med §57(2) tredje ledd, annet punktum. Dersom oppsigelsen ikke er gitt skriftlig eller ikke inneholder de opplysninger som er nevnt i §57(2) annet ledd, gjelder ingen søksmålsfrist, jfr. §57(2) tredje ledd, og oppsigelsen skal som hovedregel kjennes ugyldig dersom arbeidstakeren går til søksmål innen 4 måneder etter at oppsigelsen fant sted. Reglene sett i sammenheng innebærer at en firemåneders søksmålsfrist gjelder dersom arbeidstakeren ønsker å få oppsigelsen kjent ugyldig for derigjennom å kunne gjeninntre i stillingen. Det samme gjelder krav om retten til å stå i stillingen. Reglene om ingen søksmålsfrist ved forumuriktig oppsigelse gjelder følgelig bare i tilfeller hvor arbeidstaker krever erstatning. I alle andre tilfeller gjelder firemånedersfristen<sup>99</sup>.

Åtteukersfristen er fastsatt av hensyn til de ugyldighetsvirkninger som er knyttet til en usaklig oppsigelse; Hovedregelen er at arbeidstaker skal tre inn i stillingen igjen. Av hensyn til den som fungerer i stillingen og arbeidsgivers interesser for øvrig, er det derfor nødvendig at søksmålet behandles raskt. Fremsettes både krav om ugyldighet og erstatning, vil søksmålet for erstatningskravet kunne fremmes dersom det er reist innen seksmånedersfristen, selv om søksmålsfristen for ugyldighetskrav er oversittet<sup>100</sup>.

Søksmålsfristene i aml.§61(3) er en type prosessuelle handlefrister som ikke kan forlenges og det kan heller ikke gis oppreisning mot fristforsømmelse<sup>101</sup>.

Domstolslovens regler om fristberegning i domstoloven(dstl.)<sup>102</sup> kapittel 8, brukes imidlertid analogisk.

---

<sup>99</sup> Jfr.Fougner,s.595

<sup>100</sup> Jfr.Rt-1990-1170

<sup>101</sup> Jfr.Hov,bind I,s.169

<sup>102</sup> Lov 1915-08-13 nr.5

Spørsmålet som kan stilles i vår sammenheng er hvor godt saksomkostningsreglene harmonerer med kravene til hurtighet og knappe søksmålsfrister (Partene kan imidlertid avtale forlengelse av søksmålsfristen, jfr.§61(3), første ledd, siste punktum);

Man må i verste fall bestemme seg for om man vil bestride oppsigelsen allerede åtte uker etter at han har mottatt den. Saken kan se høyst uoversiktlig og uklar ut på dette tidspunkt. Det eneste man kan ha å bygge på er eventuelle drøftinger som er gjort i forkant av oppsigelsen, jfr.§57(1) og en begrunnelse for oppsigelsen, jfr.§57(3), med eventuelle reelle og anførte grunner. Det må antas at de fleste oppsøker juridisk bistand for å få en rettslig vurdering av saken, men man vil vite lite om hvilke kort arbeidsgiver har på hånden(Som hovedregel er det også han som har bevisbyrden, jfr. ovenfor).

Dagens forståelse av ”sakens tvilsomhet” vil ikke i særlig grad kunne ta hensyn til at faktum hele tiden vil være under utvikling fra begge parter side. Og selv om man til slutt vil karakterisere bevissituasjonen som ”utvilsom”, vil ikke situasjonen *ved saksanlegget* bli tatt hensyn til ved den endelige saksomkostningsavgjørelsen. At den ene parten i disse sakene har et saksbehandlingsansvar, en myndighet og ofte også bevisbyrden, og at det hovedsakelig er den ene parten(arbeidstakeren) som går til sak, styrker disse argumentene.

Det alternative innholdet av sakens tvilsomhet ville kunne ta hensyn til dette.

Søksmålsterskelen ville imidlertid, i kraft av hovedregelen om tilkjenning, stadig være like høy. En hovedregel som går ut på at hver part bar sine saksomkostninger ville i denne sammenheng kunne være hensiktsmessig.

#### 6.2.7 Styringsretten som utgangspunkt for tvisten

Oppsigelse og avskjed gis i kraft av arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten må utøves innenfor de rammer som følger av lover, forskrifter og avtaleverk.

Det finnes særregler for saksomkostninger på en del rettsområder der den ene parten har en særlig myndighet. For eksempel i ekspropriasjonssaker;

Skjønnsloven<sup>103</sup> §54(1) fastsetter at det er saksøkeren som skal erstatte saksøkte nødvendige utgifter i anledning skjønssaken (ekspropriasjonssaker). Begrunnelsen for bestemmelsen er i første rekke at ”saksøkte blir påtvunget utgifter for å vareta sine interesser og det er da rimelig at han får dekket alle nødvendige utgifter i anledning skjønnsaken, jfr.Ot.prp.nr.18(1971-1972) om lov om endring i skjønnsloven,s.44”<sup>104</sup>.

Man finner en lignende bestemmelse i oreigningsloven<sup>105</sup> §15:

I Ot.prp.nr.43(1957),s.33 uttaler departementet om denne at ”Grunneieren må ha anledning til å gjøre innsigelser gjeldende mot eksproprianten, og herunder kan det være nødvendig å gjøre bruk av juridisk eller teknisk bistand. Ugiftene hertil kan sies å bli påtvunget ham av den mulige ekspropriant, og det er da naturlig at utlegget kan bli godtgjort.”

Vassdragsreguleringslovens<sup>106</sup> §6 nr.1 tredje ledd har en tilsvarende bestemmelse.

Universitetsloven<sup>107</sup> §43(2) fastsetter at institusjonen skal dekke alle omkostninger ved søksmål i forbindelse med utvisning fra utdannelsesinstitusjonen, herunder honorar til saksøkers advokat.

Etter fvl.§36 blir en part, som nevnt, tilkjent omkostninger for ”vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret et vedtak, med mindre endringen skyldes partens eget forhold eller forhold utenfor partens og forvaltningens kontroll, eller andre særlige forhold taler mot det.”

I Ot.prp. nr.27(1968-1969),s.24 uttales det at hovedregelen må være at den private part bærer sine egne sakskostnader. Dette utgangspunktet er trukket med visshet om at det sjelden foreligger uenighet mellom det offentlige og vedkommende part. ”Den omstendighet at det oppstår uenighet, kan være et moment som taler for at partene får sine sakskostnader erstattet.” Men dette gjelder selvfølgelig ikke alltid, og det gis videre eksempler på situasjoner der det er rimelig at den private part får sine omkostninger dekket.

---

<sup>103</sup> Lov 1917-06-01 nr.1

<sup>104</sup> Jfr.Ot.prp.nr.62(1981-1982)

<sup>105</sup> Lov 1959-10-23 nr.3

<sup>106</sup> Lov 1917-12-14 nr.17

<sup>107</sup> Lov 1995-05-12 nr.22

Dette vil være bestemmelser som får anvendelse for ansatte i staten på forvaltningsnivå, jfr. tjenestemannsloven(tjml.)<sup>108</sup>§§1 jfr.19. Man kom til at dersom det foreligger feil ved statens(arbeidsgivers) saksbehandling, avgjøringsgrunnlag eller lovanvendelse, så skal han få dekket det som det har kostet å endre vedtaket. ”Søksmålsterskelen” i kraft av en hovedregel om deling og risikoen for erstatningsansvar overfor motparten er følgelig mindre for offentlig ansatte. Jeg kan ikke se avgjørende argumenter for en slik forskjell. For det første er saksbehandlingsreglene i forvaltningen bedre utbygget enn i arbeidsmiljøloven – i hvert fall lovgivningsmessig. For det andre vil jeg anta at presumsjonen om arbeidsgiver som den profesjonelle part, vil være mer pålitelig i forvaltningen enn i det private. Nå er det imidlertid slik at for personer som har vært ansatt i staten i mer enn to år, er oppsigelsesvernet sterkere enn i arbeidsmiljøloven, jfr.tjml.§10. Dette kan være et argument for at adgangen til å klage bør være videre for offentlig ansatte dersom han først blir utsatt for oppsigelse.

En ordning som i forvaltningen kunne tenkes og overføres til privat virksomhet; At hovedregelen gikk ut på at partene i utgangspunktet bar sine egne omkostninger, men at *arbeidstaker* ble tilkjent omkostningene dersom han vant saken på bakgrunn av arbeidsgivers særlige myndighet, ansvar for sakens opplysning og også hans presumptivt sterkere økonomiske stilling. Jeg skal kort komme nærmere inn på dette avslutningsvis.

Vi har imidlertid saksomkostningsreguleringer på mer privatrettslige områder; I den gamle husleieloven fra 1939<sup>109</sup>§51 var hovedregelen at partene skulle bære sine egne saksomkostningsutgifter, men at den tapende part kunne ilegges saksomkostningsansvar. Hvorvidt dette skulle skje, ble overlatt til husleierettens og overskjønnsrettens ”konduitetsmessige bedømmelse under hensyn til sakens beskaffenhet og tvilsomhet så vel som vedkommende parter økonomiske stilling”<sup>110</sup>.

Også her stiller man deling av kostnadene som hovedregel, og vurderer deretter rimeligheten av en eventuell tilkjenning. Å ta hensyn til ”sakens beskaffenhet og

---

<sup>108</sup> Lov 1983-03-04 nr.3

<sup>109</sup> Lov 1939-06-16 nr.6

<sup>110</sup> Jfr.Innstilling III,Husleielovkomiteen,Oslo 4.desember 1937

tvilsomhet” vil kunne være hensiktsmessig også i arbeidsrettssakene. Å ta hensyn til partenes økonomiske stilling stiller jeg meg imidlertid mer kritisk til. Slike hensyn kan føre til at man får tilfeldige fordeler av å være ansatt hos en ressurssterk arbeidsgiver. Motsatt kan man bli erstatningsansvarlig dersom man selv sitter godt i det. Slik vil for så vidt det enkelte resultat fremstå som konkret rimelig, men ordningen vil ikke fremstå som særlig prinsipiell og konsekvent. Videre vil hensyntagen til konkrete økonomiske hensyn føre til uforutsigbarhet. Da vil heller ikke ønsket om å senke søksmålsterskelen oppfylles selv om hovedregelen i utgangspunktet er deling.

Oppsummeringsvis ser vi altså at i type saker der tvisten stammer fra en særlig myndighet fra den ene part sin side, så er det funnet et behov for særlige saksomkostningsreguleringer, hovedsakelig fordi man på grunn av økonomi ikke skal være avskåret fra å ha en reell mulighet til å bestride avgjørelsen.

Et ytterligere moment er imidlertid det faktum at en så inngripende avgjørelse som oppsigelse og avskjed, er tatt av den ene *parten*, og behovet for prøving kan etter min mening være større enn i andre sivile saker. En utvidet fokusering på ”sakens tvilsomhet” ved saksanlegget vil kunne være hensiktsmessig, både med tanke på arbeidsgivers myndighet alene, men særlig tatt i betraktning de øvrige momenter som bevisbyrde, de nære relasjoner osv.; Arbeidstaker kan av den grunn ha ”fyldestgjørende grunn” til, og et særlig behov for, å ta i bruk rettssystemet.

Dagens hovedregel er imidlertid stadig en skranke. Siden avgjørelsen om oppsigelse og avskjed er fattet av en av partene, vil dessuten en høy søksmålsterskel bli mer betenkelig enn i andre tvister; Behovet for prøving vil kunne være større samtidig som arbeidsgiver vil kunne oppnå et ”vern” i kraft av hovedregelen, i stedet for et større ansvar i kraft av å være den presumptivt sterkere part. Slik vil stillingsvernreglene kunne få mindre styrke enn tilsiktet. Vi har imidlertid medbestemmelsesretten som en innskrenkning av styringsretten, men heller ikke denne vil garanteres dersom adgangen til domstolene langt på vei ikke er reell.

En hovedregel om deling ville muligens også ha en preventiv effekt ved vissheten om at risikoen for å gå til søksmål, ikke vil være så høy.



Et eventuelt unntak fra deling som ga adgang til å pålegge en av partene saksomkostningserstatning, ville kunne ha fanget opp de tilfeller der arbeidsgiver ikke har utøvet styringsretten sin på en betryggende måte og de tilfeller der arbeidsgiver blir utsatt for ”grunnløse” søksmål.

#### 6.2.8 De nære relasjoner som kan prege et arbeidsforhold

Det kan være grunn til å trekke frem den relasjonen et arbeidsforhold er. Virksomhetens type og størrelse vil naturligvis ha betydning for dette.

At man kan få nære bånd til hverandre, på godt og vondt, er noe som skiller arbeidsforhold fra andre kontraktsforhold. Forholdet mellom partene i en tvistsituasjon vil følgelig kunne bli ekstra følelsesladet.

Sterke følelser kan gjøre at partene ikke ”tenker klart” og muligheten for å la seg styre av rent personlige motiver er til stede. På arbeidsgiversiden kan dette føre til en større risiko for at saklighetskravet objektivt sett ikke er oppfylt; Arbeidsgiver kan få et sterkt personlig ønske om å kvitte seg med en arbeidstaker. Og som den part som presumptivt har størst kunnskap om hva som må til for å kunne gå til oppsigelse, vil nære relasjoner øke faren for at arbeidsgiver ”kamouflerer” andre forhold bak en oppsigelse. Ved avskjed vil forholdene være ytterligere uoversiktlige ved at arbeidstaker må gå på dagen og grensen for hva som er oppsigelse og avskjed ikke lett kan ses, særlig tatt i betraktning den affeksjonssituasjonen en avskjed kan utspille seg i.

På arbeidstakersiden kan sterke følelser gjøre det vanskelig å se objektivt på saken ved vurderingen av om søksmål skal anlegges eller ikke.

At arbeidsgiver kan influeres av sine personlige oppfatninger og inntrykk, vil nok i sterkere grad understreke den usikkerhet som kan knyttes til en oppsigelses- og avskjedsbeslutning. Hensiktsmessigheten av en større vektlegging av ”sakens tvilsomhet” ved saksanleggstidspunktet med mer fokus på *behovet for prøving* kan gjøres gjeldende også i denne sammenheng. De samme betraktninger med hensyn til en hovedregel om deling vil også kunne anføres.

Man må imidlertid også få frem de *fordeler* de nære relasjoner kan føre med seg i en oppsigelses- og avskjedssituasjon. Dette kan gjøre at man har et sterkt lojalitetsforhold overfor hverandre. Særlig kan dette komme arbeidstakeren til gode ved at arbeidsgiver for eksempel pynter på begrunnelsen, lar arbeidstaker si opp selv og så videre, se for øvrig punkt.6.2.3.

### 6.2.9 Stillingsvernsakenes rettslige vurderingstema

Vi har til nå belyst den tvil som kan foreligge med hensyn til faktum. Argumentasjonen kan bygges ut ved å peke på usikkerheten på *rettsregelsiden* tatt i betraktning de standarder som er oppstilt som mal for en riktig avgjørelse; I oppsigelsessakene vil det være et *saklighetskrav*. I avskjedssakene vil det være et *rettmessighetskrav*.

Det går frem av domstolenes anvendelse av saklighetskravet i §60(1) at bestemmelsen er en rettslig standard<sup>111</sup>, og prøvelsen er utviklet siden prinsippet opprinnelig ble lovfestet i arbeidervernloven av 1936 §33. Rimelighetshensyn til den oppsagte er blitt viktigere, jfr.Rt-1966-393 og Rt-1972-1330. Det er forutsatt i forarbeidene at saklighetskravet må følge den sosiale utvikling ellers i samfunnet, jfr.Ot.prp.nr.41(1975-1976),s.72.

Vurderingstemaet i avskjedssaker er ”grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen”. Her kommer også grensedragningen mellom oppsigelse og avskjed inn, dersom arbeidsgiver subsidiært påstår oppsigelse. Man må imidlertid gi arbeidsgiver en viss profesjonell tillit, men jeg synes ikke det veier opp for det behov en arbeidstaker har til å få prøvet saken tatt i betraktning den usikkerhet som kan foreligge ved saksanlegget – særlig tatt med tanke på de følger en avskjed kan få for arbeidstaker.

Ved rasjonalisering må utvelgelsen av de som sies opp være forsvarlig. Det må ikke skje en usaklig forskjellsbehandling og det må tas hensyn til særlig lang ansettelsestid<sup>112</sup>. De vanligste utvelgelseskriteriene bygger på en kombinasjon av et ansiennitets- og kvalifikasjonsprinsipp. Det kan være fastsatt nærmere regler om dette i

---

<sup>111</sup> Se også Jakhelln,1996,s.308

<sup>112</sup> Jfr.Rt-1966-393,Rt-1972-1330 og Rt-1986-879

overenskomst eller lagt til grunn mellom partene i en nedbemanningsplan. Domstolene kan etterprøve om prinsippene følges, og om de i seg selv er saklige.

Ansiennitetsprinsippet er ikke lovfestet, og derfor inget tvungent kriterium;

Arbeidsgiver står fritt til å velge andre kriterier så lenge disse er saklige, forsvarlige og tar særlige hensyn til eldre arbeidstakere<sup>113</sup>.

Det foregående viser hvor komplisert en saklighets- og rettmessighetsvurdering kan være.

Man må anta at de fleste arbeidstakere innser når arbeidsgiver *klart* har grunnlag for sin avgjørelse. I alle fall i de tilfeller oppsigelsen eller avskjeden har sin bakgrunn i arbeidstakers forhold. Er usikker, vil man oppsøke advokat som nærmere kan analysere sakens rettslige holdbarhet. Poenget i denne sammenheng er imidlertid at i de saker som ikke er ”klare” er det vanskelig for arbeidstaker (og en advokat) å vite om oppsigelsen er saklig allerede på saksanleggstidspunktet. Særlig gjør dette seg gjeldende med tanke på de øvrige særtrekk som gjør seg gjeldende i et arbeidsforhold; For eksempel sterke følelser som gjøre det vanskelig å forholde seg objektivt til saken, både for arbeidsgiver eller arbeidstaker. Det er med andre ord tenkelig at disse sakene er spesielt *egnet* for domstolsavgjørelse for å ivareta rettsikkerheten og gi stillingsvernreglene den styrke som er tilsiktet. *At den rettslige vurderingen i første omgang tas av en av partene i kraft av hans overordningsposisjon, forsterker dette argumentet.* At man kanskje bør legge mer vekt på tvilsomheten ved saksanlegget og behovet for rettergang, vil følgelig kunne argumenteres for også her.

Det presumptivt lavere profesjonalitetsnivå hos arbeidstaker, kan også gjøre forhandlinger og minnelige løsninger utenfor rettssystemet betenkelig. Det kan i det hele tatt stilles spørsmål om utenomrettslig tvisteløsning er ønskelig i andre tilfeller enn de ”klare”. At partene ofte har hjelp fra juridisk sakkyndige modifierer argumentet noe.

---

<sup>113</sup> Se nærmere om dette i Rt-1962-6, Rt-1986-879, Rt-2001-71

### 6.3 Hvilke momenter kan gjøre en hovedregel om deling hensiktsmessig i arbeidsrettssakene?

#### 6.3.1 Innledning

Spørsmålet er drøftet generelt i punkt 5. Jeg har vært inne på hensiktsmessigheten av en slik regel også i punkt 6.2 ovenfor. Spørsmålet vil i det følgende få en mer rendyrket og konkret drøfting.

#### 6.3.2 Valg og betydning av juridisk hjelp

Partene har rett til å la seg bistå av juridisk hjelp allerede under forhandlingene, jfr.aml.§61(2) tredje ledd.

I arbeidsrettssakene vil arbeidsgiver ofte ha bedre økonomi enn arbeidstaker. Det finnes selvfølgelig arbeidsgivere som *ikke* er økonomisk sterke, for eksempel små virksomheter, virksomheter i startfasen, virksomheter som går dårlig og så videre. Som *hovedregel* vil imidlertid arbeidsgiver være en økonomisk sterkere part. Dette kan være betenkelig på flere måter.

*For det første* vil arbeidsgiver ha mulighet til å skaffe seg juridisk bistand av bedre *kvalitet* enn arbeidstaker. En ”vanlig” arbeidstaker, dersom han ikke er fagorganisert eller fagorganisasjonen ikke tar saken hans, må antas å være noe mer opptatt av prisnivået på tjenestene enn advokatens juridiske dyktighet. Dette vil imidlertid avhenge av den enkelte arbeidstakers økonomiske situasjon og kanskje også hans natur; innbitthet, fightervilje osv.

Det er imidlertid ikke slik at de dyreste juridiske tjenestene nødvendigvis er de beste. Men de store bedriftene er ofte tilknyttet egne advokatfirmaer som kjenner bedriften godt og som de samarbeider tett med. Det er god grunn til å anta at de store advokatfirmaene med avdelinger for hvert rettsområde, i de fleste tilfeller har et større nettverk, flere ansatte og dermed også høyere juridisk kompetanse. Det er ingen hemmelighet at de største firmaene i hovedstaden, kan ”velge og vrake” blant jurister med de beste karakterene fra jusstudiet.

Poenget er at det er store muligheter for at forholdet mellom arbeidstaker og

arbeidsgiver kan bli skjevt med hensyn til hvor godt saken blir behandlet; Man er i høy grad prisgitt sin advokat i rettssalen. Argumentet forsterkes ved at små advokatkontorer, særlig i distriktene, ofte befatter seg med et bredt spekter av rettsområder; Om man har en spesialisering innen arbeidsrett eller ikke, kan være ytterst tilfeldig.

*For det andre* kan valget av advokat gjøre seg utslag på den endelige saksomkostningsoppgaven. Dersom arbeidsgiver idømmes omkostningsansvar vil det, selv under forutsetning av at partene har brukt like mye, *forholdmessig* koste ham mindre, tatt i betraktning partenes totale økonomi. Dersom man forutsetter at arbeidsgiver har brukt dyrere og mer omfattende advokattjenester og kanskje flere advokater, vil dette argumentet forsterkes. At de med mest penger har de beste forutsetningene er ikke særegent for arbeidsrettssakene. Men her vil situasjonen være tilfelle omtrent uten unntak, og en hovedregel om tilkjenning vil således gjøre urimeligheten ”konstant”. At arbeidsgiver som regel er en juridisk person, mens de økonomiske belastningene for arbeidstaker vil ramme hans personlige økonomi direkte, skal jeg komme nærmere tilbake til nedenfor.

En ytterligere skjevhet er de skatteregler som gjelder for henholdsvis arbeidsgiver og arbeidstaker; Mens en merverdiavgiftspliktig arbeidsgiver som hovedregel vil få fradrag for merverdiavgiften, vil arbeidstaker kun ha anledning til å fradra saksomkostningene på vanlig måte etter sktl. § 6-1<sup>114</sup>. Når det gjelder organiserte arbeidstakere og arbeidsgivere, må imidlertid arbeidsgiver betale egenandeler ved benyttelse av juridisk rådgivning. Arbeidstaker slipper dette, men han er på den annen side prisgitt forbundets vurdering av om saken skal bringes inn for rettssystemet eller ei.

For å motvirke disse uheldige virkningene, ville en hovedregel om deling både kunne senke søksmålsterskelen og gjort selve omkostningsavgjørelsen mer rettferdig. Her vil imidlertid et unntak om tilkjenning kunne motvirke denne effekten og gjøre avgjørelsen uforutsigbar. Jeg er også skeptisk til å ta konkrete økonomiske hensyn slik som var tilfelle i husleiesaker etter 1939-loven<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Se punkt. 2.1

<sup>115</sup> Jfr. note 110

Endelig vil jeg peke på den *effekten* som dagens hovedregel har på saksomkostningsnivået generelt; Når man først har kommet inn i rettssalen må en hovedregel om tilkjenning antas å føre til at partene vil gå inn for å vinne saken for å slippe å betale saksomkostninger. Tror man at flere vitner, ytterligere bevisførsel osv. vil styrke ens sak, gjør man det. Dette kan gjøre at omkostningene blir høyere enn nødvendig. Og videre; Tatt i betraktning at arbeidsgiver som hovedregel er økonomisk sterkere, vil det være mindre betenkelig for ham å bruke mer penger på ytterligere belysning av saken. Dette kan gjøre opplysningen av saken skjev, noe som selvfølgelig er uheldig. Det kan også føre til at arbeidsgiver lettere vinner, både på grunn av bedre juridisk bistand og større muligheter for å belyse saken til sin fordel. Og endelig at omkostningsbeløpet til arbeidsgiver kan bli større enn arbeidstakers. Tatt i betraktning at arbeidstaker forholdsvis har dårligere økonomi og at omkostningsnivået til arbeidsgiver ligger høyere enn ham selv, vil det svi ekstra hardt for ham. Motsatt vil det svi mindre for arbeidsgiver.

Nå vil tvml.§176 i utgangspunktet kunne begrense dette argumentet noe, idet den fastsetter at omkostningene må ha vært ”nødvendige for å få saken betryggende utført”. Det er imidlertid uklart hvor ofte denne bestemmelsen benyttes. Retten må i sin vurdering av omkostningskravets størrelse operere med et visst slingsmonn. Dersom den part som ilegges omkostningsansvaret uttrykkelig har erklært at det ikke er noen innvendinger mot kravets størrelse, vil retten normalt ikke redusere omkostningskravet av eget tiltak. Har parten ikke uttrykkelig akseptert kravets størrelse eller protestert mot det, varierer det atskillig fra dommer til dommer om retten av eget tiltak, og med hvilken intensitet, vurderer om omkostningene var nødvendige<sup>116</sup>.

### 6.3.3 Videre om partenes økonomiske stilling

Nevnes kan også den *betydning* den økonomiske belastningen har for henholdsvis arbeidsgiver og arbeidstaker. For en arbeidstaker vil det kunne bli tale om store beløp sett i forhold til hans totale økonomi. Videre vil det ramme hans *personlige* økonomi; Det vil kunne få konsekvenser for familie, barn, fritidsaktiviteter osv. For en virksomhet

---

<sup>116</sup> Jfr.NOU 2001:32,s.535

vil ikke en enkelt sak fremstå som økonomisk tyngende i så sterk grad. Som regel er arbeidsgiver en juridisk person der saksomkostningene føres som en post i regnskapet. Situasjonen vil naturligvis kunne variere fra arbeidsgiver til arbeidsgiver. En arbeidsgiver vil også kunne risikere *mange* saker i løpet av et år.

Partenes ulike økonomiske stilling var for øvrig et argument som ble brukt i vurderingen av om man skulle innføre særlige regler for saksomkostninger i forbrukersaker<sup>117</sup>.

Muligheten for bruk av rettsmidler, forsterker betydningen av de økonomiske ressursene; Den reelle muligheten til å anke en dom, kan være ytterst ulik. En økonomisk sterk arbeidsgiver vil kunne sette inn mye, både prestisje og penger, på å vinne saken. Og ikke bare kan arbeidsgiver ha større muligheter for å føre saken videre, men de ulike økonomiske forholdene mellom partene kan også fungere som et pressmiddel; For selv om arbeidstaker har vunnet i første instans, kan arbeidsgiver anke avgjørelsen. En kostbar ankeprosess med mulig omkostningsansvar for den annen parts omkostninger kan i ytterste konsekvens presse arbeidstaker til å ”kaste kortene”. Dette var et moment i vurderingen av om man skulle innføre særlige regler for saksomkostninger i forbrukersaker i NOU 2001:32. Her kom man imidlertid til at de ordinære reglene i tvistemålsloven kapittel 13 ga et tilstrekkelig vern av forbrukeren<sup>118</sup>. I denne sammenheng kan man også nevne at arbeidstakers fritak for rettsgebyr, jfr. rettsgebyrloven §10 nr.10, *ikke* gjelder ved arbeidsgivers anke, jfr. Rt-1996-1011.

Også kravet til å frita for saksomkostningsansvar ved forgjeves anvendt anke, er strengere. Her skal den tapende part ilegges saksomkostninger med mindre retten finner å burde frita for dette ”på grund av særlige omstendigheter”, jfr.tvml.§180(1). Her er det muligens dekning for å hevde at domstolene i praksis har hatt forholdsvis lett for å komme til at unntaksreglene kan brukes dersom *arbeidstaker* taper saken<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Se NOU 2001:32,s.542

<sup>118</sup> Jfr.s.542

<sup>119</sup> Jfr. Fanebust,s.306

Når det gjelder den økonomiske risikoen det innebærer å gå til sak, vil reglene om fri sakførsel i rettshjelploven til en viss grad modifisere argumentene noe. Vilåårene for slik hjelp er omtalt ovenfor i punkt 2.5. Det bør imidlertid fremheves at et eventuelt omkostningsansvar overfor motparten i utgangspunktet *ikke* dekkes av ordningen.

Å anke innebære altså en risiko både med hensyn til økonomi *og* at det vil være vanskeligere å bli fritatt fra erstatningsansvar ved tap. At arbeidsgiver forutsetningsvis har større muligheter til å føre saken videre, er også betenkelig med hensyn til at ankeinstansen kan omgjøre saksomkostningsavgjørelsen for de forhold som det ankes over jfr. tvml. §181.

En hovedregel om tilkjenning harmonerer altså ikke særlig godt med de økonomiske forhold som karakteriserer partene i en arbeidsrettssak; Man har ikke i arbeidsrettssakene å gjøre med to likeverdige økonomiske parter. Siden det som hovedregel er arbeidstaker, den presumptivt økonomisk svakeste part, som må bestemme om han vil gå til sak eller ikke, vil søksmålsterskelen i kraft av hovedregelen kunne bli særlig høy.

#### 6.3.4 Betydningen av oppsigelse og avskjed

Det kan videre være grunn til å komme inn på betydningen av oppsigelse og avskjed for henholdsvis arbeidsgiver og arbeidstaker.

For *arbeidstaker* kan oppsigelse og avskjed naturligvis være en stor belastning. Den kan få økonomiske konsekvenser og påvirke eventuell familie. Den kan også få konsekvenser for mulighetene til arbeid i fremtiden. Eventuell høy alder forsterker dette argumentet. Å ha et arbeid er videre av betydning på et mer personlig plan; Å arbeide er for de fleste en stor og viktig del av livet. Det har innvirkning på hvordan vi ser på oss selv og definerer vår plass i samfunnet. Det kan ha stor betydning for vårt selvbilde og vår personlige utvikling.

For *arbeidsgiver* er det viktig å ha en mulighet til å fjerne arbeidstakere som ikke oppfyller de plikter en arbeidskontrakt innebærer. Det er viktig for han å ha en pliktoppfyllende og lojal stab, slik at virksomheten går best mulig. Dette er også viktig



med hensyn til at han ofte har flere ansatte som også er interessert i at den går bra slik at arbeidsplassene er så sikre som mulig. Betydningen for arbeidsgiver er imidlertid, etter min mening, mindre tatt i betraktning at problemene i tilknytning til oppsigelse og avskjed som oftest dukker opp der de bakenforliggende forhold ligger innenfor en akseptabel ramme, men der det kan være spørsmål om forholdene er *tungtveiende nok* til å gi grunnlag for å avslutte arbeidsforholdet. I de *klare* tilfellene er arbeidsgiver godt ”beskyttet”.

Tatt i betraktning de konsekvenser oppsigelse, og særlig avskjed, vil ha for arbeidstaker, vil han følgelig kunne ha en god grunn til å få prøvet saken for en domstol. En hovedregel om tilkjenning og dermed en høy risiko for store saksomkostningsutgifter, harmonerer dårlig med dette. Den alternative betydning av unntaket ”sakens tvilsomhet”, vil kunne ta et mer reelt hensyn til den tvil arbeidstaker stod overfor ved saksanlegget, og dermed også hvor god grunn han hadde til å gå til domstolen. Hovedregelen ville imidlertid fortsatt ha hindret mange fra å *gå til sak*. Jeg mener at betydningen av oppsigelse og avskjed alene, vil kunne argumentere for en hovedregel om deling, i tillegg til de økonomiske ulikheter partene imellom og særtrekk ved arbeidsrettssakene som kan gjøre saken tvilsom ved saksanlegget.

### 6.3.5 Ulikheter mellom organiserte og uorganiserte

Som nevnt ovenfor vil en fagorganisert ha rett på juridisk hjelp fra sin fagorganisasjon og en arbeidsgiver fra sin arbeidsgiverorganisasjon. Man opererer i arbeidsretten med en såkalt organisasjonsrett. Dette følger av Grunnlovens §110c og konvensjoner som Norge har ratifisert<sup>120</sup>. I denne ligger også en rett til *ikke* å organisere seg<sup>121</sup>. Følgelig kan situasjonen bli ulik for organiserte og uorganiserte. Er man organisert, er det heller ikke sikkert fagorganisasjonen er villig til å føre saken. Slik kan det være ytterst ”tilfeldig” om man får juridisk hjelp.

Mot dette kan innvendes at man har valget om man vil organisere seg eller ikke, med de fordeler det er å stå samlet. Men vi har nå engang en organisasjonsfrihet; Man kan ha

---

<sup>120</sup> Jfr. Jakhell, 1996, s. 377

<sup>121</sup> Jfr. Rt-2001-1413 (mineryddersaken)

mange gode grunner til å være uorganisert. Da er det ytterst uheldig at ens reelle mulighet til å bestride arbeidstakers oppsigelse, i kraft av en hovedregel om erstatningsansvar ved tap, kan være dårligere for en uorganisert fordi han har dårligere økonomi. En hovedregel om deling vil kunne bidra til å jevne ut denne forskjellen ved at søksmålsterskelen senkes.

Det kan i denne sammenheng være interessant å trekke frem reglene om dekning av rettsgebyr, jfr.rgbl.§10 nr. 10. Fritaket for rettsgebyr i saker der arbeidstaker går til sak mot arbeidsgiver i det ordinære domstolssystemet ble foreslått fjernet av komiteen i Ot.prp.nr.27(1959) Lov om betaling av rettsforretninger(sportelloven). Bakgrunnen for en eventuell opphevelse av den gang §22(1)nr.2 var at:

”bestemmelsen stadig har gitt anledning til fortolkningstvil, med at den økonomiske stilling for de personer som bestemmelsen tjener, er blitt betydelig forbedret, samt med at det nå ofte er vedkommende fagforening som tar seg av saken(innst.s.64første sp.)”<sup>122</sup>.

Forslaget fikk imidlertid motbør, og departementet kom til at den skulle opprettholdes. Hovedbegrunnelsen er så vidt jeg kan se, at det kan tenkes en rekke saker som fagforeningen ikke finner grunn til å ta seg av. For vedkommende arbeider kan det imidlertid ha stor betydning<sup>123</sup>. Her argumenterer man altså ut fra en tanke om likhet mellom organiserte og uorganiserte.

### 6.3.6 Tariffvister - arbeidstvistloven § 9

Etter atvl.§9 kan arbeidstakers sak tas med i sak om tariffavtale dersom kravet utspringer fra en arbeidsavtale som vil få sin umiddelbare avgjørelse ved dommen i hovedsaken. Dette gjør at noen arbeidstakere automatisk får dekket sine kostnader ved en sak.

---

<sup>122</sup> Sportelloven §22(1)nr.2 lød: ”Gebyr etter bestemmelsen i dette kapittel betales ikke for behandling av: [ ] 2. saker som reises mot reder om hyrekrav eller annet krav som reiser seg av tjenesteforhold om bord på skib, eller mot arbeidsgiver av arbeider, tjener, svenn eller lærling, når saken reiser seg fra tjeneste- eller arbeidsforholdet.”

<sup>123</sup> Se Ot.prp.nr.27(1959),s.20-21

Hovedregelen i atvl.§45 er at partene ikke tilkjennes omkostninger.

Etter ordlyden i atvl.§45 kan det se ut som om tvistemålsloven gjelder fullt ut. Arbeidsretten har imidlertid ikke følt seg bundet av reglene i tvistemålsloven, jfr. Norsk Lovkommentar note 170 til atvl. jfr. Berg, Evje og Bjerkholt,s.125.

I forarbeidene til arbeidstvistloven uttaler komiteen om de tilfeller der *tilkjenning* tas i bruk at ”parternes direkte utgifter, naar bortses fra utlæg til vidner, vil neppe bli store”(s.120).

Nå vil ikke dette ha noe å si for den aktuelle arbeidstaker direkte. Det kan imidlertid spørres hvorfor man har en slik ordning i Arbeidsretten, men ikke i det ordinære domstolssystemet; Uttalelsen om at ”utgiftene neppe vil bli store” for de aktuelle organisasjoner ved bruk av hovedregelen i tariffsaker, jfr. ovenfor, gjør en tilsvarende hovedregel mellom to *private parter*, desto mer uforståelig.

Et tankekors er det jo også at en enkelt arbeidsgiver i prinsippet kan opptre som part i tariffvist, jfr.atvl.§7(3) og (4) forutsetningsvis; I en tvist med *fagorganisasjon* vil altså ”parternes direkte utgifter [...] neppe bli store”. Mens i tvist med *arbeidstaker* er likverdigheten mellom de to partene et utgangspunkt, jfr.tvml.§172.

At arbeidsgiver kan opptre i begge disse rollene sier også noe om hvilken økonomisk styrke og profesjonalitet en arbeidsgiver antas å ha i arbeidsrettslig sammenheng.

Begge prosesssystemer behandles imidlertid likt med hensyn til rettsgebyr; Man er fritatt etter atvl.§45(1) og rgbl.§10 nr.10, og også rgbl.§10 nr.11 som gjelder saker etter lov om arbeidstvister som behandles av tingretten.

### 6.3.7 Retten til å stå i stilling

Retten til å stå i stilling blir regnet som en viktig del av stillingsvernet i arbeidsmiljøloven og er fastsatt i §61(4) annet ledd. Prøvetidsansatte, midlertidig ansatte og avskjedigede kan som hovedregel ikke stå i stillingen, jfr.aml.§63(5), §58A nr.4 og §66 nr.3. Hensynet bak retten til å stå i stilling er at det i praksis ikke skal bli umulig å gjennomføre at arbeidstakeren skal gjeninntre i sin stilling dersom oppsigelsen er usaklig, jfr.§62.

For å få rett til å stå i stillingen, må arbeidstakeren innen utløpet av oppsigelsesfristen enten reise søksmål eller gi arbeidsgiver melding om at han vil reise søksmål. Søksmålet må i tillegg være reist innen åtteukersfristen, jfr.aml.§61(3)<sup>124</sup>. Det innebærer at dersom åtteukersfristen utløper før oppsigelsestiden, er likevel åtteukersfristen avgjørende. Dersom oppsigelsesfristen løper ut før åtteukersfristen, må melding eller søksmål uttas før oppsigelsestiden løper ut. Begge frister må altså holdes. En slik ordning forutsetter at oppsigelsen er formriktig. Dersom oppsigelsen er gitt i strid med aml.§57, gjelder ikke åtteukersfristen. I stedet gjelder en firemånedersfrist etter mønster fra §57(2) tredje ledd, annet punktum<sup>125</sup>. Lignende betraktninger som i punkt 6.2.6 kan anføres også her.

Arbeidsgiver vil fra og med varselet om søksmål kunne kreve kjennelse om fratreden<sup>126</sup>. Skyldes oppsigelsen forgåelse fra arbeidstakers side, bør retten i alminnelighet ta til følge et krav om at arbeidstaker skal fratre under sakens behandling<sup>127</sup>. Dersom arbeidsgiver krever kjennelse for fratreden før hovedforhandlingen i første instans er holdt, eller kjennelse vedrørende dette spørsmålet forelegges kjærmålsinstansen til avgjørelse, vil det som regel ikke foreligge tilstrekkelig grunnlag til å foreta full bevisbedømmelse. Retten må da ta stilling til om den påståtte forgåelse er av en slik art at den kan gi saklig grunn for oppsigelse. Det følger av Rt-1988-1418 at det ved den konkrete vurdering først og fremst må legges vekt på de oppsagte parter og bedriftens aktuelle situasjon. De sannsynlige utfallet av saken skal også telle med i vurderingen, jfr. bla. Rt-1996-812. Arbeidstakerens stilling spiller også en rolle<sup>128</sup>.

Ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold, bør retten ikke avsi kjennelse for at arbeidstakeren skal fratre, jfr.Ot.prp.nr.41(1974-1975),s.75.

---

<sup>124</sup> Se forslag om å ”snu” regelen dersom oppsigelsen kjennes gyldig i første instans, NOU 2001:32,s.327

<sup>125</sup> Jfr.Rt-1999-1874,Rt-2000-1698

<sup>126</sup> Jfr.Ot.prp.nr.50(1993-1994),s.210

<sup>127</sup> Jfr.Ot.prp.nr.41(1975-1976),s.75

<sup>128</sup> Jfr.Rt-1982-1704

Rettens avgjørelse av om arbeidstakeren får stå i stillingen eller ikke, blir fastsatt i egen kjennelse. Dersom arbeidstaker har reist sak innenfor de frister som er angitt ovenfor, eventuelt tatt forbehold om dette, er det lovens hovedregel at han *skal* stå i stillingen også når sak om lovligheten av oppsigelsen behandles for domstolene. Det er altså arbeidsgiver som må ta initiativet dersom arbeidstaker skal fratre, ved å kreve kjennelse for dette. Spørsmålet om kjennelse for fratreden blir behandlet under hovedforhandlingen eller utenfor hovedforhandlingen. I praksis er sistnevnte alternativ det mest vanlige<sup>129</sup>.

Kjennelsen kan påkjæres innen en måned etter at den er forkynt<sup>130</sup>. Når kjennelsen er rettskraftig, er det i alminnelighet ikke prosessuell adgang til å få omgjort denne eller gi den foreløpig rettsvirkning selv om domsresultatet tilsier at retten til å stå i stillingen bør kunne tas opp til ny vurdering i ankeinstansen. Det er likevel antatt at *arbeidsgiver* kan ta opp spørsmålet på ny når oppsigelsessaken bringes inn for ankeinstansen<sup>131</sup>. Dersom kravet blir fremmet på ny under hovedforhandling og avgjort i retten, vil denne avgjørelse når den er rettskraftig, erstatte den tidligere avgjørelse om dette spørsmål, slik at det ikke lenger vil foreligge rettslig interesse i å påkjære den tidligere avgjørelse<sup>132</sup>. Har arbeidsgiver fått medhold i at det vil være urimelig å opprettholde arbeidsforholdet under sakens gang, og arbeidstakeren derfor har måttet fratre, vil arbeidstakeren ikke kunne kreve dette spørsmålet vurdert på ny<sup>133</sup>. Partene kommer derfor i forskjellig rettslig stilling.

Saksomkostningsspørsmålet med hensyn til retten til å stå i stillingen vil altså, selv om dette er krevd og avgjort før hovedforhandlingen, avgjøres samtidig med saksomkostningsbeslutningen for hovedsøksmålet, jfr.tvml.§179(1) siste punktum. Det innebærer ikke nødvendigvis at omkostningsspørsmålet vil bli det samme for begge tvistetemaer;

---

<sup>129</sup> Jfr.Fanebust,s.338

<sup>130</sup> Jfr.endringslov 28.april 2000,nr.34

<sup>131</sup> Jfr.Rt-1989-225

<sup>132</sup> Jfr.Rt-1992-267

<sup>133</sup> Jfr.Rt-1992-550,Rt-1994-22,Rt-1994-1552,Rt-2000-1158 og tvml.§163(1)

Rt-1993-1131: I oppsigelsessak ble det krevd fratreden umiddelbart. Kravet ble tatt til følge, jfr.aml.§61(4), men saksomkostningsspørsmålet ble utsatt til avgjørelse i forbindelse med hovedtvisten om oppsigelsens gyldighet, jfr.tvml.§179(1) siste punktum. Det betyr ikke nødvendigvis at saksomkostningsavgjørelsen vil bli den samme for begge tvistetemaer.

Tvml.§179(1) alltid vært forstått slik at selvstendig sak om omkostningsspørsmålet er utelukket.

Det vil altså være opp til arbeidsgiver om arbeidstaker havner i sak om retten til å stå i stillingen. Dersom arbeidstaker ikke tør å ta den ekstra økonomiske risiko dette innebærer, kan han bli ”presset” til å gå ut av stillingen. Dette argumentet forsterkes ved at det kun er arbeidsgiver som har adgang til å ta opp spørsmålet på nytt i ankeinstansen.

Retten til å stå i stillingen er som nevnt ment å effektivisere stillingsvernet. Den kan imidlertid innebære en ekstra saksomkostningsrisiko for både arbeidsgiver og arbeidstaker. Men det er arbeidsgiver som har valget om han vil kreve kjennelse for fratreden eller ikke. De økonomiske forskjeller og den ulike rettslige stillingen med hensyn til muligheten til å ta opp saken på ny i ankeinstansen, gjør dette betenkelig;

Arbeidsgiver vil kunne ha et behov for å fjerne arbeidstakere som er mistenkt for illojale handlinger. Man må imidlertid anta at sak ikke kommer opp i de helt klare oppsigelsestilfellene. Er det mistenkte forhold særlig graverende vil avskjed være den mest nærliggende reaksjon. Da vil arbeidstaker som utgangspunkt ikke ha noen rett til å stå i stillingen.

Mest betenkelig blir det da at arbeidstaker risikerer å svi økonomisk for noe som i utgangspunktet skal styrke hans vern. At arbeidsgiver kan ha anførte og reelle grunner for sin oppsigelse forsterker dette argumentet; Fratredelsesbeslutningen må jo nødvendigvis tas på bakgrunn av de fakta som foreligger på et tidlig tidspunkt. Hensyntagen til sakens tvilsomhet ved avgjørelsen av fratredelseskjennelsen vil følgelig gjøre seg særlig gjeldende også her. Og selv om forutsetningen må være at arbeidsgiver

bruker rettigheten når han føler det nødvendig, er det samtidig åpenbart at det vil være muligheter for å spekulere i dette for å svekke arbeidstakers stillingsvern.

Her blir det altså særlig betenkelig å ta i bruk hovedregelen fordi den anvendes separat. Etter en rask gjennomgang av dommer fra RG2002 og et upublisert arkiv, har jeg ikke kunnet finne tilfeller der man i saksomkostningsavgjørelsen ved kjennelse for fratreden har anvendt unntaket ”sakens tvilsomhet”.

En samlet behandling av kjennelsen og hovedsaken kan være hensiktsmessig; Dette vil for det første ha en preventiv effekt på arbeidsgiver ved at han vil forsikre seg om at han virkelig har et behov for at arbeidstaker fratrer. For det andre vil det være et argument for den alternative forståelse av ”sakens tvilsomhet” fordi avgjørelsen vil her være særlig preget av tvilsomhet *ved saksanlegget*. For det tredje vil det være et argument for en hovedregel om deling fordi da vil ikke den samlede behandlingen få betydning for om hovedregelen kan anvendes eller ikke, men man har mulighet til tilkjenning ved behov, i et eventuelt unntak.

### 6.3.8 Avskjed opprettholdt som oppsigelse

Etter aml.§66(4) siste punktum kan retten, forutsatt at arbeidsgiver har nedlagt subsidiær påstand om oppsigelse, beslutte at arbeidsforholdet skal opphøre selv om avskjeden må anses urettmessig. En slik påstand bør nedlegges allerede i tilsvaret, ellers er det en utvidelse av søksmålet som kan settes ut av betraktning etter tvml.§62(2) og (3), jfr. Rt-1982-1721.

Når subsidiær påstand om oppsigelse må foreligge allerede i tilsvaret vil arbeidstaker få en noe mer oversiktlig situasjon. Men han har jo i prinsippet allerede gått til sak, og et tilsvaret med en subsidiær oppsigelse kan gjøre saken annerledes for arbeidstaker; Å bestride en avskjed er noe annet enn å bestride en oppsigelse. Saken stiller seg annerledes med hensyn til utfallet av saken og dermed også saksomkostningsspørsmålet. Også her kan nevnes arbeidsgivers mulighet for spekulasjoner ved å ”skremme” arbeidstaker fra å gå videre med saken.

Dersom sak reises mot arbeidsgiver med krav om at avskjed er urettmessig, og får medhold i dette, men arbeidsgiver subsidiært har påstått oppsigelse og får medhold i den, er det uttrykt at tvml.§174(2) bør brukes. Begrunnelsen for dette er at selv om saken da er dels vunnet og dels tapt, er avskjeden av så stor betydning for arbeidstakeren at man kan si at arbeidsgiver kun har vunnet på ubetydelige punkter, jfr.NAD-1984/1985,s.649<sup>134</sup>:

En arbeidstaker la i en avskjedssak ned påstand om at avskjeden skulle kjennes ugyldig og at han skulle gjeninntre i stillingen, subsidiært bli tilkjent erstatning. Byretten fant avskjeden urettmessig, men opprettholdt avskjeden som oppsigelse. Arbeidstakeren ble tilkjent erstatning fastsatt et beløp tilsvarende lønn i oppsigelsestiden. Byretten fant imidlertid at saken i det alt vesentlige gjaldt spørsmålet om det forelå urettmessig avskjed eller usaklig oppsigelse, og at arbeidstakeren hadde tapt saken. Han måtte derfor erstatte arbeidsgiverens saksomkostninger.

Lagmannsretten fant at saken måtte anses som dels vunnet, dels tapt. Arbeidstakeren hadde imidlertid ikke tapt saken når det gjaldt et så vesentlig forhold som spørsmålet om det forelå urettmessig avskjed. Byretten hadde derfor hatt et uriktig utgangspunkt ved sin vurdering av om unntaksbestemmelsen i tvml.§174(2), fikk anvendelse. Byrettens omkostningsavgjørelse ble derfor opphevet.

Avskjeden blir altså ansett for å være det mest vesentlige spørsmål, slik at tvml.§174(2) får anvendelse, og saksøker får erstattet sine saksomkostninger. Slik ser vi at rettspraksis anser deling av saksomkostningsansvaret som et hensiktsmessig utgangspunkt i tilfeller som dette, men at rimelighetshensyn kan gjøre at en av partene bør tilkjennes omkostningene. Særlig gjør dette seg gjeldende fordi saken jo reises fra arbeidstakers side basert på en urettmessig avskjed. At arbeidsgiver da subsidiært krever oppsigelse, er det vanskelig for arbeidstaker å forutse<sup>135</sup>. Vi ser her nok et eksempel på at forholdene ved saksanlegget kan være ytterst tvilsomme i arbeidsrettssakene og at det kan være særlig grunn til å i utgangspunktet legge mer vekt på dette enn selve resultatet.

I de tilfeller der arbeidstakeren får medhold i enten at avskjeden var urettmessig eller oppsigelse usaklig, og allikevel må fratre sin stilling jfr.aml.§§62(1) og 66(3), er det også mulig at arbeidstakeren bør få tilkjent saksomkostninger etter

---

<sup>134</sup> Se også Rt-1982-1721 der det fastsettes at avskjed og oppsigelse er to forskjellige krav.

<sup>135</sup> Jfr.Rt-1982-1721 som uttrykkelig sier at avskjed og oppsigelse er to forskjellige krav



tvml.§ 174(2), siste alternativ<sup>136</sup>. Mot en generell regel om dette, kan innvendes at i de tilfeller etterfølgende atferd fra arbeidstakers side som medfører at arbeidsforholdet må opphøre, vil en slik regel passe dårlig.

Rettspraksis fremstår som en hensiktsmessig *løsning*. Poenget er imidlertid at det skaper en unødig høy *søksmålsterskel*. Dermed vil betydningen av den løsningen rettspraksis har kommet frem til, bli noe redusert. Dersom man i utgangspunktet hadde hatt en hovedregel om deling, ville situasjonen fremstått som vesentlig mer forutsigbar for arbeidstaker; Da ville han kunne gå til sak med en vurdering av hvor god *avskjedssaken* er.

Det er i denne sammenheng viktig å påpeke den forskjell det innebærer å anvende §174 i stedet for §172; Unntakene i §174 gir retten et meget vidt spillerom med hensyn til om de vil unnta fra hovedregelen om deling i første ledd eller ikke. Partenes økonomiske forhold er for eksempel et hensyn man kan ta etter §174(2). I §172 er retten mye mer bundet; Her er unntakene i annet ledd uttømmende og klart definert.

Et annet poeng er arbeidsgivers mulighet til å omgå stillingsvernet ved å først ta sjansen på å kreve avskjed, for så å få medhold i oppsigelsesspørsmålet. Her må det antas at ikke engang et eventuelt erstatningsansvar jfr.aml.§62(2) effektivt nok vil avskrekke arbeidsgiver. En hovedregel om tilkjenning vil kunne hindre arbeidstaker fra å gå til søksmål, og følgelig vil muligheten for omgåelse fra arbeidsgiver bare blir større.

## 7 OPPSUMMERING

Dagens tre unntak i tvml.§172(2) vil, etter min mening, samlet gi et relativt godt vern. Det den foregående drøfting viser, er at det kan være hensiktsmessig å fokusere mer på den tvil omkring saken saksøker står overfor ved *saksanlegget*. Dette, i tillegg til arbeidsmiljølovens karakter av verneregler for en presumptivt svak part, kan tyde på at man, i alle fall i første omgang, bør legge mer vekt på det *behov* saksøker har for å gå til rettssystemet, og mindre vekt på utfallet av saken. Når det gjelder anvendelse av de

---

<sup>136</sup> Jfr.Arbeidsrettslige emner,s.158(Evju)

særlige prosessregler i arbeidsmiljøloven, er det også langt på vei partenes pretensjon som skal legges til grunn<sup>137</sup>. En vektlegging av sakens tvilsomhet på saksanleggstidspunktet vil derfor harmonere særlig godt i forlengelsen av dette. At det kan være grunnlag for å anta at unntaket brukes i større utstrekning enn det er dekning for<sup>138</sup>, kan også være et argument for en alternativ tolkning. Det kan også være et tegn på at det innhold ”sakens tvilsomhet” har i dag ikke har så stort nedslagsfelt som domstolene føler det er behov for, og at det derfor blir vanskelig å anvende unntaket i samsvar med departementets forutsetninger i Ot.prp.nr.78(1980-1981). Et poeng er det også at objektiv tvil om *rettsregler* vil være forbigående; Rettspraksis og lovendringer vil stadig komplettere innholdet av en rettsregel.

Et utvidet behov for hensyntagen til ”sakens tvilsomhet” ved saksanleggstidspunktet og dermed også *behovet* for prøving vil videre, *i tillegg til det generelle søksmålsterskelhensynet*, kunne underbygge innføring av en hovedregel der begge parter i utgangspunktet bærer sine egne omkostninger.

Saksomkostningsutmålingen vil med et system som antydnet vil altså ta *noe* mer hensyn til de særtrekk som preger arbeidsrettssakene. Reglene vil fortsatt forutsette to likeverdige parter. Et spørsmål som imidlertid kan stilles, er om det bør være slik; Partene i et arbeidskontraktforhold er jo i realiteten ikke likeverdige. Det godt utbygde stillingsvernet og den foregående fremstilling, er klare eksempler på dette. At en hovedregel om deling kan være hensiktsmessig i arbeidsrettssakene er godt argumentert ovenfor. Men hvordan bør regelen videre se ut? Etter min mening vil de ovenfor påpekte momenter kunne argumentere for en unntaksregel om tilkjenning kun der *arbeidstaker* vinner. I alle fall kan dette være hensiktsmessig ved slett saksbehandling fra arbeidsgivers side, sml.fvl.§36. Arbeidsgivers presumptivt sterkere økonomi og kontroll over sakens opplysning og behandling, er ytterligere momenter som taler for dette. Etter min mening vil også arbeidsgivers særlige myndighet til beslutning av en så inngripende karakter som oppsigelse og avskjed, være et argument for at han bør ha en særlig *risiko* for sin avgjørelse. En slik risiko kunne kommet til syne nettopp med et erstatningsansvar kun for seirende *arbeidstaker*. Da ville også en preventiv effekt følge

---

<sup>137</sup> Jfr.Ot.prp.nr.50(1993-1994)s.210

<sup>138</sup> Jfr.vedlegg,punkt9.1.4.2

med på lasset. Motargumenter kan være arbeidsgivers behov for å kunne ta i bruk oppsigelses- og avskjedsinstituttet uten å, i ytterste konsekvens måtte "betale" for det. Videre at en generalisering av alle arbeidsgivere som økonomisk sterke osv. vil kunne være uheldig. Jeg vil ikke komme nærmere inn på dette her.

## 8 Litteraturliste

Bøker:

- Andersen, Kristen: *Fra arbeidslivets rett*, Oslo, 1967 (**Kr. Andersen**)
  - Berg, Pål, Thoralf Evje og Magnus Bjerkholt: *Arbeidstvistloven. Tjenestetvistloven. Lønnsnemdloven*, 7. utg. Oslo, 1973 (**Berg, Evje og Bjerkholt**)
  - Bratholm/Hov, Sivil Rettergang (Oslo-Bergen-Tromsø 1973) (**Bratholm/Hov**)
  - Brofoss, Eskeland: *Rett til arbeid*, Institutt for rettssosiologi, Oslo, 1975 (**Brofoss, Eskeland**)
  - Det kongelige justis- og politidepartement: *Fri rettshjelp*, Rundskriv G-73/96
  - Evju, Stein og Henning Jakhell m.fl.: *Arbeidsrettslige emner*, 3. opplag, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 5/1988 (**Arbeidsrettslige emner**)
  - Eckhoff, Torstein: *Sivilprosess*, 2.utg. ved Bjørn Haug, Oslo 1962 (**Eckhoff**)
  - Fanebust, Arne: *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 4. utg. Oslo, 2001 (**Fanebust**)
  - Forsikringsakademiet: *Forsikring – en innføring*, 8.utg. Oslo, 2003 (**Forsikringsakademiet**)
  - Gjems-Onstad, Ole og Kildal, Tor S.: *Merverdiavgift for næringsdrivende*, foreløpig utgave. Oslo 1994 (**Gjems-Onstad/Kildal**)
  - Hagerup, Francis: *Den norske civilproces*, Bind III. 3.utg. Oslo, 1919 (**Hagerup**)
  - Hov, Jo: *Rettergang II og III*, Oslo, 2000 (**Hov**)
  - Jacobsson, Ulla: *Parts kostnad i civilprocess*, akademisk avhandling utgitt av P.A.Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1964 (**Jacobsson**)
- Litteratur henvist fra denne:*
- Ekelöf, Per Olof: *Förhandlingar å det tjugoförsta nordiska juristmötet*, Helsingfors, 1957 (**Ekelöf**)
  - Nellemann, J.: *Den ordinaire civile Procesmaade*, 4. utg. København, 1892 (**Nellemann**)

- Nehrman, David: *Innledning til then swenska Processum civilem*, 2. utg. Stockholm og Uppsala, 1751 (**Nehrman**)
- Schrevelius, Fredrik: *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilprocess*, Lund, 1853 (**Schrevelius**)
- Wildte, Sigurd: *Om kostnader i civil rättergång och deras gäldande*, Stockholm, Göteborg, 1931 (**Wildte**)
- Wetzell, Georg Wilhelm: *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. opplag Leipzig, 1878 (**Wetzell**)
- Örstedt, Anders Sandöe: *Arkiv for Retsvidenskaben og dens Anvendelse*, 5. del, København, 1828, *Af mit Livs og min Tids Historie*, bind I, København, 1851 og *Processuelle skrifter i udvalg*, utgitt av Bestyrelsen for det Anders Sandöe Örstedtske Prismedaille-Legat ved Troels G. Jørgensen, København 1932 (**Örstedt**)
- Jakhelln, Henning: *Oversikt over arbeidsretten*, 2. utg. Oslo, 1996 (**Jakhelln 1996**)
- Jakhelln, Henning: *Oversikt over arbeidsretten*, 3. utg., Oslo, 2004 (**Jakhelln 2004**)
- Kobbe, Løken, Berle og Pind: *Husleieloven*, Oslo 2000 (**Kobbe**)
- Mo, Einar: *Håndbok i husleierett*, Leieboerforeningen i Oslo, 1993 (**Mo**)
- Mollatt, Kirsti: *Forsikret?*, Boksenteret AS, 1993. Utgitt i samarbeid med Forbrukerrådet (**Mollatt**)
- Skattedirektoratets håndbøker: *Merverdihåndboken*, 2. utg. Oslo, 2004 (**Merverdihåndboken**)
- Skoghøy, Jens Edvin A.: *Tvistemål*, Oslo 1998 (**Skoghøy**)
- Aarbakke, Magnus: *Skatt på inntekt*, 4.utg., Oslo, 1990 (**Aabakke**)

#### Kommentarer:

- Fougner, Jan, Lars Holo og Odd Friberg: *Arbeidsmiljøloven, Kommentartutgave*, 8. utg. Oslo, 2003 (**Fougner**)
- Gjems-Onstad, Ole: *MVA – kommentaren*, 2.utg., Oslo, 2002 (**MVA-kommentaren**)

- Norsk Lovkommentar 2002 (*Norsk Lovkommentar*)
- Schei, Tore: *Tvistemålsloven med kommentarer av Tore Schei*, bind I og II, Oslo 1998 (*Schei 1998*)
- Skeie, Jon: *Den norske civilprosess*, bind I-III, 2. utg, Oslo, 1940 (*Skeie*)

Artikler i tidsskrifter, årbøker, samleverk:

- Bang og Larsen: *Systematisk fremstilling af den danske Processmaade*. I Juridisk Tidsskrift, København 1839, bind I (Henvist fra Jacobsson, Ulla) (*Bang Larsen*)
- Breistein, Dagfinn: *Bokanmeldelse av Ulla Jacobssons "Parts kostnad i civilprosess"*. I Tidsskrift for Rettsvitenskap s. 243 (1966) (*Breistein*)
- Bøhn, Anders og Streng Næss, Johs.: *Avgjørelser av Høyesteretts kjæremålsutvalg og forberedende dommer i Høyesterett: Tvistemålsloven*, Oslo 1989 (*Bøhn, Streng Næss*)
- Evju, Stein: *Avskjed, oppsigelse og saksomkostninger*, Lov og Rett s. 486 (1982) (*Evju i LoR s. 486(1982)*)
- Fanebust, Arne: *Oppsigelse på politisk grunnlag*, I "Rett og Humanisme", Festskrift til Kr. Andersen (Oslo-Bergen-Tromsø 1977) (*Fanebust, Oppsigelse på politisk grunnlag*)
- Kapital, årg. 30, nr. 3 (2000) s. 11 og 14: "Tapt rettssak: Fradrag for saksomkostninger" (*Kapital, årg. 30, nr.3(2000)*)
- Ligningens ABC, Gyldendal Norsk Forlag, 24. utg., 2003 (*Ligningens ABC*)
- Rein, Alex: *Et bidrag til tolkningen av tvistemålslovens § 172*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap s. 594 (1941) (*Rein*)
- Rettens Gang 2002 (*RG 2002*)
- Wilberg, Jørgen: *Erstatning for saksomkostninger*. I: Norsk Forsikringsjuridisk Forenings Publikasjoner nr. 65 (1985) (*Wilberg*)

Forarbeider:

- Arbeidstvistloven § 34 (§45), Kristiania 20. nov. 1909

- Ot.prp. nr. 1 (1910) Om utfærdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistmaal
- Motiver til revideret udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal
- Indst. O XV (1912) Tvistemålsloven
- Indst. O. I – 1914 Tvistemålsloven
- Innstilling III fra Husleielovkomitéen, Oslo 4. desember 1937
- Ot.prp. nr.43 (1957)
- Ot.prp. nr. 1 (1958) Om lov om ekspropriasjon av fast eiendom (utkast)
- Ot.prp. nr. 27 (1959) Lov om betaling for rettsforretninger (sportelloven)
- Ot.prp. nr. 17 (1968-1969) Om lov om omsetningsavgift og særskilt avgift på visse varer og tjenester (merverdiavgiftsloven)
- Ot.prp. nr. 27 (1968-1969) Om lov om ikraftsettelse av forvaltningsloven og om endringer av saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og andre lover
- Ot. prp. nr. 18 (1971-1972) om lov om endring i skjønnsloven
- Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) arbeidsmiljøloven
- Ot.prp. nr. 78 (1980-1981) Lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. og i visse andre lover
- Ot.prp. nr. 62 (1981-1982) Om lov om endringer i lov 1. juni 1917 nr. 1 om skjønn og ekspropriasjonssaker m.m.
- Ot.prp.nr.18(1982-1983) Om lov om rettsgebyr
- Ot.prp. nr. 62 (1988-1989) Lov om universiteter og vitenskapelige høyskoler
- Ot. prp. nr. 50 (1993-1994) Arbeidsmiljøloven
- Innst. O. nr. 43 – 1998-99 Husleieloven
- NOU 2001:32 Tvistelov

#### Forskrifter, uttalelser, rundskriv m.m.:

- Justisdepartementets rundskriv G-24/86(jnr.2335/86A-B) av 27. mars 1986
- Justisdepartementets rundskriv G-138/88(jnr.6210/88A-Ø)av 15.oktober 1988
- Utv. 1991 (Dommer, uttalelser m.v. i skattesaker og skattespørsmål)
- Utv. 1992 (Dommer, uttalelser m.v. i skattesaker og skattespørsmål)
- Sivilombudsmannens uttalelser i Utv. 1994/1540
- Forskrift 21. juni 1993. Tatt inn i rundskriv G-73/96
- Forskrift 22. oktober 1996(Justisdepartementet)kapittel 2

- Rundskriv G-73/96 (95/3741 A-JT SPe WBj) Rundskriv om fri rettshjelp
- Justisdepartementets rundskriv G-29/98
- Hovedavtalen LO-NHO

Elektroniske hjelpemidler:

- Bibsys
- Lovdata
- [www.lo.no](http://www.lo.no)
- [www.nho.no](http://www.nho.no)

Lover:

- Grunnloven, lov 17. mai 1814
  - § 110c
- Domstolsloven, lov 13. august 1915 nr. 5
  - § 2
  - § 227
- Tvistemålsloven, lov 13. august 1915 nr. 6
  - § 52
  - § 53
  - § 54
  - § 56
  - § 85
  - § 169
  - § 172
  - § 173
  - § 174
  - § 176
  - § 177
  - § 179 første ledd
  - § 180 første ledd
  - § 181 første og annet ledd



- Skjønnsloven, lov 1. juni 1917 nr. 1  
§ 54 første ledd
- Vassdragsreguleringsloven, lov 14. desember 1917 nr. 17  
§ 6 nr. 1 tredje ledd
- Arbeidstvistloven, lov 5.mai 1927 nr. 1  
§ 9  
§ 7 andre ledd  
§ 45
- Arbeidervernloven av 1936  
§ 33
- Husleieloven, lov 16. juni 1939 nr. 6  
§ 51
- Tjenestetvistloven, lov 18. juli 1958 nr. 2  
§ 24 første ledd
- Oreigningsloven, lov 23. oktober 1959 nr. 3  
§ 15
- Forvaltningsloven, lov 10. februar 1967  
§ 2 annet ledd  
§ 3  
§ 16  
§ 24 første ledd  
§ 26  
§ 36
- Merverdiavgiftsloven, lov 19. juni 1969 nr. 66  
§ 10  
§ 12 fjerde ledd  
§ 11 første ledd  
§ 14  
§ 21 første ledd  
§ 28
- Arbeidsmiljøloven, lov 4. februar 1977 nr. 4  
§ 57  
§ 58A nr. 4  
§ 60 nr. 1

- § 61
- § 61B
- § 62
- § 63
- § 64 nr. 2
- § 65 nr. 1
- § 65A nr. 3
- § 66
- Rettshjelploven, lov 13. juni 1980 nr. 35
  - § 3
  - § 4
  - § 8
  - § 10
  - § 18
  - § 17
- Rettsgebyrloven, lov 17. desember 1982 nr. 86
  - § 1 annet ledd
  - § 2 første og annet ledd
  - § 5b
  - § 10 nr. 10 og 11
- Tjenestemannsloven, lov 4. mars 1983 nr. 3
  - § 1
  - § 19
- Universitetsloven, lov 12. mai 1995 nr. 22
  - § 43 nr. 2
- Skatteloven, lov 26. mars 1999 nr. 14
  - § 6-1
  - § 6-2
  - § 6-30

Avtaler:

- Hovedavtalen LO-NHO
  - § 9 pkt. 3
  - § 10-2

Dommer:

HOVEDFREMSTILLING:

Høyesterett:

- Rt-1959-900
- Rt-1962-6
- Rt-1966-393
- Rt-1972-1330
- Rt-1980-62
- Rt-1982-1704
- Rt-1982-1721
- Rt-1986-879
- Rt-1987-117
- Rt-1988-1418
- Rt-1989-225
- Rt-1989-508
- Rt-1990-1170
- Rt-1991-648
- Rt-1992-267
- Rt-1992-550
- Rt-1992-776
- Rt-1992-906
- Rt-1993-1131
- Rt-1994-22
- Rt-1994-1552
- Rt-1996-812
- Rt-1996-1011
- Rt-1996-1401
- Rt-1997-288
- Rt-1997-1941
- Rt-1999-1874
- Rt-2000-1698
- Rt-2000-1158
- Rt-2001-71
- Rt-2001-1253
- Rt-2001-1413
- Rt-2002-1497

Arbeidsretten:

- ARD-1978- 65
- ARD-1980-90

Lagmannsrett/tingrett/Norsk arbeidsrettslig domssamling/dommer og kjennelser av lokale arbeidsretter:

- RG-1950-626
- RG-1954-511
- RG-1955-42

- RG-1956-281
- RG-1957-427
- RG-1961-395
- RG-1968-622
- LARD-1979-59
- LARD-1979-318
- LARD-1980-48
- LARD-1980-358, Oslo
- NAD-1981-83.498 Frostating
- NAD-1984/1985 s.649
- NAD-1984-85.384 Bergen
- NAD-1988-255
- RG-1997-83
- RG-2002-1611

Meddelelser fra Arbeidstilsynet:

- Mfa1965-66.34
- Mfa.1969-70.50 Skien
- Mfa 1983-92 Oslo

VEDLEGG:

Høyesterett:

- Rt-1930-1313
- Rt-1952-757
- Rt-1956-980
- Rt-1961-760
- Rt-1964-1081
- Rt-1965-757
- Rt-1969-1189
- Rt-1976-885
- kjennelse 202 K/1980 (Bøhn og Streng Næss s.147)
- Rt-1981-688
- Rt-1983-896
- Rt-1985-505
- Rt-1987-1269
- Rt-1987-1142
- Rt-1987-1271
- Rt-1991-53
- Rt-1991-1200
- Rt-1992-285
- Rt-1992-725
- Rt-1993-355
- Rt-1993-1107
- Rt-1994-100
- Rt-1994-1018
- Rt-1994-1380
- Rt-1996-1040
- Rt-1997-288

- Rt-1997-1445
- Rt-1997-1559
- Rt-1997-1983
- Rt-1998-308
- Rt-1998-374
- Rt-1999-1072
- Rt-1999-2073

Lagmannsrett/tingrett/Norsk arbeidsrettslig dommssamling/dommer og kjennelser av lokale arbeidsretter:

- LARD-1980-252 Tromsø
- NAD-1986-857 Oslo
- RG-1992-855



## 9 VEDLEGG

### 9.1 DAGENS SAKSOMKOSTNINGSREGLER DE LEGE LATA (VEDLEGG TIL OPPGAVENS PUNKT 3)

#### 9.1.1 Generelt

Reglene om saksomkostninger finner vi i tvistemålsloven kapittel 13. De sentrale materielle regler er tvistemålsloven §§ 172-175, og det er sakens utfall som avgjør hvilken bestemmelse som skal anvendes.

Saksomkostninger vurderes under ett for avgjørelsen av *alle* de krav som er tvistegjenstander i saken<sup>139</sup>. Hovedsøksmål og motsøksmål skal imidlertid vurderes hver for seg. Motsøksmål innebærer at den som er saksøkt, krever selvstendig dom mot saksøkeren for en rett han mener å ha overfor ham.

Dette har en ingen hjemmel for i tvistemålsloven – tvert imot bygger loven på at søksmål og motsøksmål er ”samme rettssak”, jfr. tvistemålsloven § 56, og etter § 172 er det avgjørende om ”saken” tapes eller ikke. Synspunktet har imidlertid støtte i teori<sup>140</sup> og rettspraksis<sup>141</sup>.

Anke, motanke, kjæremål og motkjæremål vurderes også hver for seg<sup>142</sup>. Det er imidlertid bare meromkostningene ved motsøksmålet eller motanken som kan kreves erstattet dersom en vinner dette, jfr. Rt-1965-757 og Rt-1969-1189<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> Jfr. Schei, bind I, s.548 jfr. Rt. 1996 s.1029

<sup>140</sup> Jfr. Schei, bind I s.549, og Skoghøy, s.1006

<sup>141</sup> Jfr. Rt-1997-1559, Rt-1998-308 og kjennelse 202 K/1980 (Bøhn og Strenge Næss s.147)

<sup>142</sup> Jfr. Hov, bind III, s.425

<sup>143</sup> Se Skoghøy s.1006-1007 som mener denne begrensingen kun gjelder dersom hovedsøksmål og motsøksmål gjelder samme rettsforhold.

Er det ellers flere rettsforhold som behandles samlet (kumulasjon) og/eller flere parter, skal vilkårene for, og utmåling av, saksomkostninger vurderes for hver enkelt sak og hver enkelt part<sup>144</sup>.

Man har to typer søksmål i tvistemålsloven. *Fastsettelsessøksmål* etter tvistemålsloven § 54 må gjelde spørsmålet om ”et rettsforhold eller rettighet” er til eller ikke. I tvistemålsloven § 53 er gjenstanden for *fullbyrdelsessøksmål* angitt som ”et krav”. Det vil si ethvert krav på at motparten skal gjøre, tåle eller unnlate noe. Et ”krav” etter § 53 vil også alltid falle inn under begrepet ”rettsforhold eller rettighet” slik det er brukt i § 54. ”Rettsforhold eller rettighet” er altså det mest omfattende begrepet<sup>145</sup>.

Det kan være viktig å være klar over at ordet ”krav” ofte også blir brukt ensbetydende med ”rettsforhold eller rettighet” (eller det tvisten ellers gjelder)<sup>146</sup>.

Hovedregelen er at rett til saksomkostninger dekker alle partens kostnader som har påløpt som en følge av behandlingen av saken, herunder behandling av prosessuelle krav, sidekrav osv, jfr. rettsgebyrloven § 2(1) og (2) og tvistemålsloven § 169. Vi har imidlertid unntak der et avvisningsspørsmål og prosessledende kjennelser påkjæres. Da skal saksomkostninger for behandlingen av dette for alle instanser avgjøres særskilt og ut fra utfallet av kjæremålssaken, jfr. rettsgebyrloven § 5b). Det er også sikker høyesterettspraksis for at det kan påstås renter av saksomkostningene<sup>147</sup>.

*Tidspunktet* for saksomkostningsavgjørelsen følger av tvistemålsloven § 179(1). Første punktum fastslår at krav om saksomkostninger avgjøres ved den dom eller kjennelse som avslutter saken, dvs. avslutter saken i vedkommende instans<sup>148</sup>. Etter § 179(1) tredje punktum kan retten utsette saksomkostningsavgjørelsen i tilfeller hvor dommen eller kjennelsen bare gjelder en del av saken, og retten finner at saksomkostningene ikke kan avgjøres særskilt for denne delen. Poenget med bestemmelsen er at

---

<sup>144</sup> Jfr. Skoghøy, s. 1006-1007

<sup>145</sup> Jfr. Hov, bind III, s.38

<sup>146</sup> Jfr. Hov, bind III, s.38

<sup>147</sup> Jfr. for eksempel Rt-1997-1445

<sup>148</sup> Jfr. Schei, bind I, s.596



saksomkostningsavgjørelsen skal utsettes hvor dette er nødvendig fordi løsningen på saksomkostningsspørsmålet avhenger av utfallet av den dom eller kjennelse som avslutter saken. § 179 innebærer videre at det ikke kan reises selvstendig sak eller selvstendig anke om omkostningsspørsmålet<sup>149</sup>. Avgjørelsen skal imidlertid begrunnes så utførlig at en overinstans vil kunne ta stilling til om den er i strid med loven eller ikke, jfr. § 179(1) annet punktum og adgangen etter tvistemålsloven § 181(2).

I denne sammenheng er det ikke adgang til å overprøve underinstansens skjønn. Men for eksempel om underinstansen har tolket uttrykket ”tapt saken fullstendig”, riktig, jfr. Rt-1983-896.

Overinstansen kan også oppheve omkostningsavgjørelsen, for eksempel fordi den er mangelfullt begrunnet, og henvise spørsmålet til ny avgjørelse i underinstansen, jfr. tvistemålsloven § 181(2).

Dersom den dom eller kjennelse omkostningsavgjørelsen knytter seg til, blir angrepet, kan omkostningsspørsmålet overprøves i sin helhet, jfr. tvistemålsloven § 181(1), jfr. for eksempel Rt-1986-750. Den overordnede domstol skal da legge sitt materielle resultat til grunn, jfr. Rt-1992-725. Dersom det bare er enkelte av de tvistepunktene som ble avgjort i den lavere instans som angripes, må likevel den underordnende retts avgjørelse kunne overprøves i ankesaken. Når man skal vurdere sakens utfall, må man ta utgangspunkt i partenes påstander i underinstansen<sup>150</sup>. Når det gjelder vurderingen av om unntaksbestemmelsene i for eksempel § 172 eller § 174 skal komme til anvendelse, kan dette falle ulikt ut for førsteinstans og ankeinstans. Hvis en anke eller et kjæremål ikke fører frem, er hovedregelen at omkostningsansvaret hviler på den ankende eller kjærende part, jfr. tvistemålsloven § 180(1)<sup>151</sup>. Regelen gjelder også den som forgjeves har anvendt motanke<sup>152</sup>.

### 9.1.2 Hovedregelen om ”fullstendig tap”

Som utgangspunkt er saken tapt fullstendig når motparten har fått medhold i alle krav som er fremsatt, og i samsvar med sin prinsipale påstand. Selv om den ene parten kun

---

<sup>149</sup> Jfr. Hov, bind III, s.220 og 437

<sup>150</sup> Jfr. Schei, bind I, s.610 og NOU 2001:32, s.536

<sup>151</sup> Jfr. Hov, bind III, s.429

<sup>152</sup> Jfr. Rt-1930-1313, Rt-1987-1269 og Rt-1987-1271

vinner på et mindre punkt, er saken ikke tapt fullstendig<sup>153</sup>. Dommens resultat skal sammenholdes med påstand i stevning og tilsvaret med eventuelle utvidelser. Det er altså ikke tilstrekkelig at resultatet i dommen samsvarer med påstanden slik den lyder etter at krav er frafalt eller endret. Man tar altså som hovedregel utgangspunkt i den mest omfattende påstand<sup>154</sup>. Rt-1991-53 tar imidlertid utgangspunkt i en helhetsvurdering av hva tvisten *reelt sett* har dreiet seg om.

Dersom parten har lagt ned alternative påstander og det er rimelig å se påstandene slik at de gir ham like mye, må hovedregelen i § 172 kunne anvendes<sup>155</sup>. Dersom en eventuell *subsidiær* påstand blir tatt til følge, kommer imidlertid § 172(1) ikke til anvendelse, selv om den vinnende part får et like godt resultat som om den prinsipale påstanden hadde vunnet frem, jfr. Rt-1998-374<sup>156</sup>. Derimot anser en saken som fullstendig vunnet dersom en får medhold i sin prinsipale påstand på et subsidiært *grunnlag*. Dette har sammenheng med at retten ikke er bundet av partenes valg av prinsipale og subsidiære grunnlag<sup>157</sup>. I teorien har det imidlertid vært antatt at dersom partene har en beskyttelsesverdig interesse i å få prøvet de påberopte grunnlag i en bestemt rekkefølge, må dommeren ha plikt til å bøye seg for deres ønsker<sup>158</sup>. Dersom rettsvirkningen av avgjørelsen blir forskjellig avhengig av hvilket grunnlag som tas til følge, har man bare vunnet fullstendig dersom han får medhold i det grunnlaget som innebærer de *gunstigste* rettsvirkninger for ham<sup>159</sup>.

I saker der påstand om ”erstatning etter rettens skjønn” er lagt frem, vil retten se skjønnsvurderingen som det reelle krav. Dette innebærer at saken kan være fullstendig tapt i lovens forstand selv om parten ikke får sitt krav akseptert med den maksimalbegrensning som er angitt, jfr. Rt-1994-1018 og Rt-1985-505. Omfatter

---

<sup>153</sup> Jfr. tvistemålsloven § 174(2) annet punktum forutsetningsvis og Rt-1999-1072 og Rt-1999-2073

<sup>154</sup> Jfr. Rt-1991-1200, Rt-1992-285, Rt-1993-355, Rt-1993-1107 og Rt-1994-100, Wilberg s.2, Schei, bind I, s.559 og Skoghøy s.985

<sup>155</sup> Jfr. NOU 2001: 32 s.533

<sup>156</sup> Jfr. NOU 2001: 32 s.533. Se motsatt Hov, bind III, s. 419

<sup>157</sup> Jfr. Hov, bind I, s.116 og bind III, s.293.

<sup>158</sup> Jfr. Skeie, Civilprocess I, s.524. Motsatt Hagerup, Civilproces I, s.445, Eckhoff, Sivilprosess s.112 og Schei, Tvistemålsloven I, s.375

<sup>159</sup> Jfr. NOU 2001:32, s.533

erstatningskravet flere poster og parten ikke får medhold i at erstatningen skal dekke alle disse postene, vil han ikke ha vunnet saken fullstendig, jfr. Rt-1964-1081.

### 9.1.3 Utmålingen

Utgangspunktet er at en part som er tilkjent fulle saksomkostninger har krav på å få dekket alle sine ”nødvendige” omkostninger i anledning saken, jfr.

tvistemålsloven § 176. Dette innebærer at det utførte arbeidet har vært relevant i forhold til saken og at salærkravet ikke er urimelig høyt<sup>160</sup>. Retten må i sin vurdering av omkostningskravets størrelse nødvendigvis operere med et visst slingringsmonn. Hvis en part uttrykkelig har akseptert kravets størrelse, vil nok retten normalt ikke redusere omkostningskravet av eget tiltak. Dersom parten *ikke* har akseptert kravet vil det nok variere fra dommer til dommer hvorvidt han av eget tiltak vurderer om omkostningene var nødvendige<sup>161</sup>.

I siste ledd er det gitt forskrift om maksimalsatser for kostnader ved *forliksrådbehandling*.

Har partene fri sakførsel har man egne regler for utmåling av salæret, jfr. rettshjelploven § 3. Saksomkostningene tilkjennes i disse sakene det offentlige.

Ved rettsstridig atferd under saken eller ved forsømmelse som har voldt den annen part utgifter, kan retten pålegge ham å erstatte disse ekstra utgiftene uten hensyn til sakens utfall, jfr. § 177.

Dersom en klient er misfornøyd med den bistand en advokat gir eller med salærkravet advokaten gjør gjeldende, kan klienten klage til Disiplinærnemda<sup>162</sup>. Finner den at salæret er satt for høyt, fastsetter den det til det som er et ”rimelig og nødvendig salær”. Det er viktig å være oppmerksom på at tvistemålsloven som utgangspunkt ikke regulerer forholdet mellom klient og prosessfullmektig<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Jfr. Rt-1976-885

<sup>161</sup> Jfr. NOU 2001:32 s.535

<sup>162</sup> Jfr. domstolloven § 227

<sup>163</sup> Se likevel tvistemålsloven § 52, men denne foreslås fjernet jfr. NOU 2001:32 s.539 første spalte

#### 9.1.4 Nærmere om innholdet av "saken var saa tvilsom"

##### 9.1.4.1 Litt historie

Som vi har sett er utgangspunktet for tilkjennelse av saksomkostninger, *dommen*.

Det var sannsynligvis den romersk - tyske prosessen som påvirket utviklingen av en regel som innebar at plikten til å erstatte motpartens prosessomkostninger, ikke kunne pålegges den tapende part når han hadde hatt rimelig grunn til å prosedere. Mon frdn. 23. des. 1735 "om lovens skjærpelse imod *temere litigantes*" bidro til at denne regel festnet i praksis. Denne sa at "enhver, som ved dom i sagen findes *saa aldeles ugrundet* i sin sak, at han ei alene taber sagen, *men og dømmes til at give contraparten kost og tæring*"<sup>164</sup>, skal dessuten idømmes en pengestraff til justiskassen. Denne lære finner vi igjen hos alle senere forfattere, samtidig som den er fastslått i praksis og forutsettes i loven. Unntaket pålegger altså et strengere omkostningsansvar for den "trettekjære"<sup>165</sup>.

Unntak fra erstatningsansvar på grunn av sakens tvilsomhet finner vi i tvistemålsloven § 172 annet ledd. *Civilproceskommisionen* og *Den kongelige proposition* hadde foreslått unntaket til å gjelde kun for det tilfelle at *rettsspørsmålene* var tvilsomme.

Justiskomiteen utvidet imidlertid regelen til også å omfatte tvil om de *faktiske omstendigheter*, jfr. Indst. O XV for 1912 side 70.

I Ot.prp. nr. 1 for 1910 side 123, uttales det at reglene i § 172(2) konsekvent må føre til at den tapende part også fritas for å erstatte motpartene saksomkostninger når et bevis svikter under sakens gang, og som parten hadde grunn til å regne med. "Resultatet (...) vilde blive en almindelig regel om, at procesomkostningerne kan ophæves i alle tilfælde, hvor han finder, at den tabende part har havt fyldestgjørende grund til at lade det komme til sag". Dette ville de altså unngå.

I Indst. O. I for 1914 side 68, fremheves det at det må vises forsiktighet med hensyn til opphevelse av omkostninger på grunn av bevistvil, særlig hvor det gjelder tvister mellom forretningsdrivende og andre, hvor det må kunne stilles særlige krav til at de sikrer seg bevis.

---

<sup>164</sup> "kost og tæring" betyr saksomkostninger

<sup>165</sup> Jfr. Hagerup s.256

Hagerup mener at ved de unntak som § 172 oppstiller, var hovedregelen blitt så gjennomhullet at den i sin praktiske anvendelse neppe ville komme til å avvike særlig mye fra det som til da hadde vært gjeldende rett. Han mener også at de uttalelser som justiskomiteen kom med i innstillingen(jfr. ovenfor), viser at de overhodet ikke hadde hatt noen klar forståelse av at spørsmålet handlet om gjennomførelsen av et nytt prinsipp for erstatning for prosessomkostninger<sup>166</sup>.

Det avgjørende er om *retten* finner saken tvilsom<sup>167</sup>. Avgjørende er et krav om årsakssammenheng – tvilen må ha gjort det rimelig å reise sak. Dersom tvilsmomentet kan bebreides den tapende part, er synspunktet at det ikke kan være riktig å fritta ham for omkostningene. Om dette uttales det i motivene til revidert utkast til lov om rettergangsmåten i tvistemål side 133, at

” hvad angaar spørgsmaalet, om sagens juridiske tvivlsomhed bør tillægges betydning, kan vistnok forskjellige meninger gjøre sig gjældende. Efter udkastets opfatning er retssætningers tvivlsomhed ligeoverfor parterne en hændelig ulykke, som den ene er lige saa nær til at bære som den anden. Det synes at maatte gjøre et støtende indtryk, om f. ex. den, som i henhold til dommens retsforstaaelse seirer i maaske to instanser, skal maatte betale procesomkostningerne i alle, fordi han med endog knap majoritet taber i høisteret.” At rettsregler og lover for en del er tvilsomme, og at det kan være forskjellig meninger om dem, kan nok ikke unngås. Men med mindre staten selv overtar disse utgiftene, ” synes disse mindst ligesaameget at burde ramme den seirende part, der dog saaledes nyder godt af disse samfundets tvivlsomme love, som den tabende”<sup>168</sup>.  
Anvendelsen av unntaket må av denne grunn overlates til *domstolens* skjønn, sies det videre.

Dette stemmer overens med det som sies i NOU 2001:32 side 533.

Oppsummeringsvis ble altså odelstingsproporsjonen ved Justiskomiteens innstilling endret på slik at unntakshjemmelen ble utvidet til også å gjelde *faktisk* tvil, og det ble også lovens ordning. Etter proposisjonen kunne den tapende part bare fritas for erstatningsplikten hvis *rettsspørsmålet* var tvilsomt.

---

<sup>166</sup> Jfr. Hagerup s.261,note 17

<sup>167</sup> Jfr. NOU 2001:32 s.533

<sup>168</sup> Jfr. motiver til revideret utkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal

#### 9.1.4.2 Unntaket om sakens tvilsomhet i praksis

Når det gjelder den faktiske tvil, er det to måter å tolke dette vilkåret på<sup>169</sup>;

For det første kan det tenkes at dommeren skal legge vekt på om han personlig har vært i så sterk tvil om den riktige sammenheng, at det er en mulighet for at den tapende part tross alt har rett og slik har hatt fyllestgjørende grunn til å la saken komme for retten.

Ifølge rettspraksis er dette i utgangspunktet ikke en riktig forståelse av tvistemålsloven § 172(2), jfr. oppgavens punkt 3.4.

For det andre kan det tenkes at når dommeren har felt sin dom i selve saken, er han bundet av den faktiske sammenheng som dommen bygger sitt resultat på. Han er dermed avskåret fra å anta at den tapende part kan ha hatt fyllestgjørende grunn når dette er uforenlig med antagelsen av at dommen er materielt riktig. Dette er tilfelle dersom retten, selv om den er i tvil, bygger sin avgjørelse på et subjektivt belastende faktum av typen svik, stridende mot redelighet og god tro osv.

Alex. Rein mener at sistnevnte forståelse av § 172(2) er den riktige, og mener å finne støtte for dette i forarbeidene og reelle hensyn. Men han mener også at man i mange tilfeller kan se at domstolene følger den førstnevnte tolkning av bestemmelsen. Dette kan skje på to måter:

1) Dommeren finner det tilstrekkelig bevist, men bevisene har ikke vært sterke nok til å rydde bort all tvil.

Man overser da det vesentlige i lovens bestemmelse, at den som vinner har krav på å få sine omkostninger dekket såfremt den tapende part ikke har hatt fyllestgjørende grunn til å la det komme til sak. Oppheves omkostningene i et slikt tilfelle, er det et uttrykk for at dommeren anser det som sannsynlig at han har hatt fyllestgjørende grunn, noe som igjen er ensbetydende med at dommen er gal. Og når dommeren har kommet til et domsresultat på grunnlag av en bestemt faktisk sammenheng, blir det selvmotsigende å anta at en annen sammenheng er sannsynlig.

---

<sup>169</sup> Jfr. Alex. Rein TfR s.594(1941)

## 2) Dommen bygger på en bevisbyrderegul

Er derimot ingen bestemt sammenheng funnet bevist, og utfallet av dommen er et resultat av bevisbyrderegler, kan det tenkes at dommeren personlig finner det sannsynlig at den tapende part har rett, men likevel må la ham tape fordi han ikke kan bevise hans påstand. Oppheves omkostningene her, betyr det at dommeren setter sitt eget skjønn om sannsynligheten over lovens regel til løsning av konflikten. Rein mener at lovens mening imidlertid må være at bevisbyrdereglene er den beste tilnærming til det materielt riktige. Han kan da ikke se noen grunn til å behandle det sammen bevistema på en annen måte når det gjelder saksomkostningsspørsmålet.

Her må det imidlertid nevnes at i stillingsvernsakene vil man svært sjelden ta i bruk formelle bevisbyrderegler; Da vil man nok ikke anse oppsigelsen eller avskjedens saklighet som godt nok dokumentert, og den vil mest sannsynlig bli underkjent.

### 9.1.5 Kort om de alminnelige prosessforutsetninger

Dersom en sak skal kunne fremmes til realitetsavgjørelse, må de alminnelige prosessforutsetninger naturligvis være oppfylt. I dette ligger at saken må være anlagt for rett domstol (jfr. arbeidsmiljøloven § 61B) og mot rette vedkommende. Dersom en prosessforutsetning mangler, må saken avvises ved kjennelse.

I stillingsvernsakene har vi særlige prosessregler som gjelder i søksmål ”om et arbeidsforhold består eller om erstatning i forbindelse med opphør av et arbeidsforhold”.

For at det skal kunne kreves fastsettelsesdom, må saken gjelde spørsmålet om et rettsforhold eller en rettighet er til eller ikke, og arbeidstaker må ha rettslig interesse i å få fastsatt dette. Rettslig interesse vil som regel foreligge i oppsigelsessakene, også dersom arbeidstaker kun krever dom for at oppsigelsen ikke har saklig grunn<sup>170</sup>, og også dersom arbeidsgiver senere har trukket oppsigelsen tilbake<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> Jfr. LARD-1980-252 Tromsø og Bratholm/Hov, Sivil Rettergang (Oslo-Bergen-Tromsø 1973) s.167

<sup>171</sup> Jfr. f. eks. NAD-1986-857 Oslo. Men motsatt Rt-1997-1983

## 9.2 GRUNNLEGGENDE TEORIER BAK HOVEDREGELEN I TVISTEMÅLSLOVEN § 172<sup>172</sup>

### 9.2.1 Straff- og skadeerstatningsteoriene

Straffeteorien antas å ha sitt opphav i den romerske retten. Erstatningsansvaret for motpartens saksomkostninger ble sett på som en strafferettslig sanksjon – en slags offentligrettslig farget oppfatning om at den tapende part hadde misbrukt rettssystemet som ”lovgivningens vokter”. Både i Danmark og Sverige ble omkostningsretten påvirket av straffeteoretiske tankeganger<sup>173</sup>.

De som forfektet *skadeerstatningssynspunktet* anførte mot straffeteorien at gjengjeldelsestanken ikke hadde betydning i omkostningsretten; Erstatningsbeløpets størrelse var ikke avhengig av ond eller god vilje, og man ble ikke idømt frihetsstraff ved mislighold. Man mente derimot at beløpets størrelse var avhengig av skadens omfang, og dens formål var å reparere; Man skulle få erstatning for de faktiske utlegg og ved mislighold gjaldt de ordinære regler om pengekrav. Omkostningsretten ble altså definert som et privatrettslig anliggende og ikke et offentligrettslig forhold mellom domstolen og partene.

Når det gjelder omkostningsspørsmålets sammenheng med den materielle retten og dommen, var det avhengig av det *innbyrdes* forholdet mellom den materielle retten og dommen<sup>174</sup>; Den vinnende part hadde gjennom prosessen ikke blitt tilført noe nytt. Han hadde hele tiden vært den ”materielt berettigede” av partene. Bare gjennom erstatning for sine omkostninger ble han satt tilbake i samme posisjon som før prosessen. Dette er ukomplisert når den materielle retten fastsettes i dommen. Vanskelighetene meldte seg imidlertid i de tilfeller der det materielle rettsforholdet avvek fra dommen. For eksempel der den materielt berettigede ikke kunne bevise sin sak. Problemet kan sammenlignes med problemet man hadde i bevisretten med hensyn til å rettferdiggjøre en dom som bygget på en bevisbyrderegel.

---

<sup>172</sup> Den følgende redegjørelse bygger på Jacobsson s.24-46

<sup>173</sup> Jfr. Jacobsson s.24 jfr. Wildte s.196-197

<sup>174</sup> Den følgende redegjørelse bygger på Jacobsson, og er en kort gjengivelse av klassisk oppfatning.



Løsningen på problemet ble at man la til grunn at dommen alltid avspeilet rettsforholdet, og at man også kunne legge dette til grunn for omkostningsspørsmålet. Særlig Weber var tilhenger av denne læren om ”dommens formelle sannhet”. Man har senere tatt mer hensyn til at det materielt rettslige kunne skille seg fra det dommen fastsatte<sup>175</sup>.

Tanken om at retten til erstatning for omkostninger bunner den materielle retten, skapte også vanskeligheter for stillingstagende til seirende *saksøkte*s kostnader. Løsningen ble at saksøkte som vant, ikke ble ansett å ha være innehaver av noen rettighet. Han hadde ikke blitt forstyrret i nytelsen av noen rettighet og kunne derfor ikke gjøre gjeldende rett på erstatning.

### 9.2.2 Kasualitetsteorien

Det ble altså reist kritikk mot skyldtanken i omkostningsretten. Man reiste også kritikk mot de overførte resonnementer fra skadeerstatningsteorien og at skadeerstatningsteorien satt omkostningsspørsmålet i sammenheng med den materielle retten.

Ønsket om å fjerne skylden som en begrunnelse for erstatningsansvaret, steg i takt med utbredelsen av den objektive ansvar i erstatningsretten. Man overførte dette til omkostningsretten ved å fastslå at det å gå til sak innebærer en risiko der den som går til sak må regne med ubehagelige følger, så som erstatningsansvar for motpartens kostnader. I dansk og fransk rett kan man finne levninger av slike risikosynspunkter i dag.

Når det gjelder *omkostningsspørsmålets sammenheng med den materielle retten*, prosessen og dommen, introduserte Bülow i 1868 begrepet ”prosessrettsforholdet”<sup>176</sup>. Han mente at prosessen grunnla et rettsforhold mellom *dommer* og parter. Dette forholdet ble karakterisert ved at det eksisterte visse rettigheter mellom domstolen på den ene siden og partene på den andre siden, og ikke innbyrdes partene imellom.

---

<sup>175</sup> Jfr. Jacobsson s.31 jfr.bla. Örstedt og Bang-Larsen

<sup>176</sup> Jfr. Jacobsson s. 35

Oppstillingen av dette prosessrettsforholdet som jevnbyrdig med det materielle rettsforholdet fikk gehør hos flere av datidens forfattere.

Noen bygde videre på dette og gjorde gjeldende at kravet på omkostningserstatning i stedet for et privatrettslig anliggende, var et offentligrettslig anliggende, som burde stå i sammenheng med prosessen<sup>177</sup>. Slik ville både en seirende saksøkt og en seirende saksøker som hadde fått medhold i et negativt fastsettelsessøksmål, og ikke kunne begrunne et erstatningskrav i den materielle retten, likevel tilkjennes saksomkostninger. Kravet på erstatning innebar en begjæring som skulle rettes mot domstolen. Man mente at kravet ikke kunne gjøres gjeldende utenfor den prosess som kostnadene hadde oppstått. Utfallet av hovedsaken skulle være grunnlaget for erstatningsplikten, og omkostningsavgjørelsen kunne ikke tas før dette tidspunkt.

Noen forfattere, som regnes som kasualitetsteoretikere, begrunnet også hovedregelen gjennom å knytte et materielt rettsforhold mellom partene før rettergangen, som de presumerte var i overensstemmelse med dommen. Sammenfatningsvis kan man si at felles for de som var tilhengere av "*dommens formelle sannhet*", var at de ikke tok hensyn til en materiell rett som avvek fra det som ble fastslått i dommen. Domsslutningen skulle altså legges til grunn for den tapende parts erstatningsansvar.

Noen fremholdt altså *risikoen* for å føre prosess som grunnlag for erstatningsansvar. Andre har grunnet erstatningsansvaret i *prosessrettsforholdet*, som gjøres avhengig av utfallet i hovedsaken. Noen forfattere har villet ta hensyn til *førprosessuelt rettsforhold i overensstemmelse med dommen*.

### 9.2.3 Rettsbeskyttelsesteorien

Rettsbeskyttelsesteorien synes å ha sin bakgrunn i læren om rettsbeskyttelseskravet. Prosessrettsforholdet skulle altså være et forhold mellom domstolen og partene (jfr. ovenfor). Rettsbeskyttelseskravet ble stilt opp for å forklare forholdet mellom sivilretten og prosessen.

---

<sup>177</sup> Jfr. Jacobsson s.35-36 jfr.Pollak

Tanken var at borgerne hadde rett til å kreve rettsbeskyttelse fra staten. Den kunne oppfylle kravet ved å felle dom. Men bare den som hadde en *rettsbeskyttelsesinteresse* kunne rette et slikt krav mot staten. I sammenheng med omkostningserstatningen ble *saksøktes* krav på rettsbeskyttelse og rettsbeskyttelseskravet ved *negativt fastsettelsessøksmål* av særlig interesse. Læren om rettsbeskyttelse ga en mulighet til å sette omkostningsspørsmålet i sammenheng med den materielle retten, prosessen og dommen. Også når søksmålet ikke vant frem og ved negativt fastsettelsessøksmål. Tanken går ut på at den beskyttelse en vinnende part oppnår gjennom dommen, blir ikke fullstendig med mindre han får erstatning for de kostnader han har pådratt seg for å få sin rett fastslått ved dom.

En innvending som ble reist mot denne teorien var at også den tapende part har krav på rettsbeskyttelse.